بسم الله الرحمن الرحيم

تم رفع هذه المادة العلمية من طرف أخوكم في الله: خادم العلم والمعرفة (الأسد الجريح) بن عيسى قرمزلي. ولاية المدية

الجنسية جزائرية

الديانة مسلم

موقعي المكتبة الإلكترونية لخادم العلم والمعرفة للنشر المجاني للرسائل والبحوث على

www.Theses-dz.com

للتواصل: رقم هاتف 00213771087969

البريد الإلكتروني: benaissa.inf@gmail.com

حسابي على الفيسبوك: www.facebook.com/Theses.dz

جروبي: https://www.facebook.com/groups/Theses.dz

تويتر https://twitter.com@Theses_DZ

لا تنسوني بدعوة صالحة بظهر الغيب: ردد معي 10 سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم

اللهم صل وسلم على نبينا محمد .... بن عيسى قرمزلي 2016.

جامعة الجزائر
معهد العلوم القانونية و الادارية
ابن عكنون

الاثبات باليمين
في القانون المدني الجزائري
دراسة مقارنة مع بعض القوانين العربية
و القانون الفرنسي

بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية

من اعداد الطالب : لعصامي عبد الرحمن
تحت اشراف الدكتور : محمد حسنين

اللجنة : د / رئيسا
د / عضوا
د / محمد حسنين عضوا مقررا

السنة الجامعية : 85 / 1986

مقدمة

نظرية الاثبات من المواضيع الهامة في دراسة القانون ،
وقد حظيت بدراسات علمية كثيرة نظرا لأهميتها العملية والعلمية .
لكن هذه الدراسات تناولت في معظمها أما الجانب العام للنظرية
وأما وسائل الاثبات الأكثر استعمالا .
فنجد بحوثا كثيرة في الاثبات بالكتابة أو الاثبات بشهادة الشهود ،
وبالمقابل لا نكاد نعثر على مرجع في الاثبات باليمين أو الاقرار
أو المعاينة ...الخ . رغم ما لهذه الطرق من أهمية في الحياة
العملية لكل من الخصم والقاضي سواء في الماضي أو الحاضر .
وهذا مادفعني الى اختيار طريقة الاثبات باليمين موضوعا لبحثي
رغم مخاطر الافتقار الى المراجع المتخصصة . وزاد في تشجيعي على
هذا الاختيار مساعدة أستاذي المشرف الدكتور محمد حسنين بعد
أن تأكدت لدينا أهمية ايجاد بحث علمي في موضوع قانوني كاد
أن ينعدم فيه المرجع ،خاصة وأنه موضوع شديد الارتباط بفقه
الشريعة الاسلامية .
ان أهمية ايجاد مرجع في موضوع مثل هذا في مكتباتنا لهو
أولى من متاهه البحث في مواضيع استولت -عن قصد أو عن غير
قصد- على اهتمام الكثير من الباحثين . وفعلا لقد عانيت الكثير
في جمع المراجع والأحكام القضائية مستعينا في ذلك بخبرة أستاذي
المشرف، وأساتذتي الذين سبقوني للموضوع ،واليهم جميعا يرجع
الفضل في تذليل الصعاب التي اعترضتني .
بفضل كل هؤلاء وبجهد متى أعانني اليه بأن أضع بين أيدي أعضاء
اللجنة العلمية هذا البحث البسيط .

وقد عالجت موضوعي هذا في فصل تمهيدي تناولت فيه المسائل
العامة المتعلقة بالاثبات بصورة عامة سواء ما تعلق منها بتعريفه

أو أهميته أو نظمه المختلفة ومكانته بين القواعد القانونية ثم المبادئ الأساسية فيه والمتعلقة بمحل الاثبات وعبئه وطرقه ٠
وخصصت منه مبحثا لليمين باعتبارها موضوع البحث، سواء ما تعلق منها بالتعريف بها ،أو تطورها ،أو أهميتها ،ومكانتها القانونية بين القواعد القانونية من جهة وبين قواعد الاثبات من جهة أخرى ٠
ثم ثلاثة أبواب تناولت في أولها اليمين الحاسمة بكل ما تشمله من قضايا التعريف،والطبيعة القانونية والصيغة ،وأمور توجيهها سواء تعلق الأمر بشروط توجيهها أو شروط طرفيها : الموجه اليه،وموجهها أو نطاقها الزماني والموضوعي ٠

وكذلك كل ما ينتج على هذا التوجيه من آثار سواء تعلق الأمر بالحلف أو الرد أو النكول ٠ فخصصت لأمور التوجيه فصلا وللآثار فصلا آخر ٠
أما الباب الثاني فقد تناولت فيه اليمين المتممة وسلكت فيه نفس المسلك الذى انتهجته مع اليمين الحاسمة اذ تناولت توجيهها في فصل وآثارها في فصل آخر ٠ ثم أفردت بابا ثالثا لأنواع أخرى من اليمين ذات خصائص متميزة عن اليمينين السالفتين كيمين التقويم ويمين الاستيثاق ،ويمين الاستظهار ويمين الاقرار بالكذب اذ تناولت كلا منها في فصل خاص وختمت بحثي هذا بملخص عام للبحث ٠

وفي كل عنصر من البحث حاولت تأصيله في القانون المدني الجزائرى ،مع المقارنة ببعض القوانين العربية ،وخاصة قانون الاثبات المصرى لسنة 1968 باعتباره أقرب القوانين العربية الى القانون المدني الجزائرى ،ثم القانونين العراقي والأردني باعتبارهما القانونين الأكثر انصياعا مع أحكام الفقه الاسلامي ،ثم قانون أصول المحاكمات اللبنانية باعتباره القانون العربي الأكثر انصياعا مع القانون المدني الفرنسي ٠
أما من غير القوانين العربية فقد اخترت للمقارنة القانون المدني الفرنسي باعتباره أقرب القوانين الغربية الى القانون المدني الجزائرى بحكم الظروف التاريخية التي مرت بها بلادنا ٠

وفي كل مرة أحاول أن أعرج على فقه الشريعة الاسلامية وخاصة بشأن المسائل الهامة . كآثار اليمين من رد ونكول ، وآثار الحلف في اليمين المتممة ويمين الاستيثاق ، والاستظهار ... الخ .

ولقد استعنت في التدليل والبرهنة بالأحكام القضائية الحديثة الصادرة عن المجلس الأعلى الجزائري ، وأحكام محكمة النقض المصرية . وأحكام محكمة التمييز العراقية وذلك بالقدر الذي وفقت في الحصول عليه .

وأملي أن أكون موفقا في اختياري للموضوع ومعالجته .

- الجزائر في 9 / 02 / 1986م .

الفصل التمهيدي

الاثبات باليمين : LA PREUVE PAR SERMENT

ان دراسة موضوع الاثبات باليمين يستلزم توضيح معنى عبارتي " الاثبات " و " اليمين " ثم توضيح العلاقة بينهما قبل بسط الموضوع.
لذا رأيت أن أخصص بعض الصفحات لهذا الشأن على أن أبدأ بتوضيح معنى الاثبات بتعريفه وتحديد مكانته ومبادئه الأساسية ثم أعرج بعد ذلك لمعنى اليمين متبعا نفس الخطوات.

تعريف الاثبات : الاثبات لغة هو : تأكيد الحقيقة بأية وسيلة ، سواء كان لذلك أثر قانوني أم لا كالسفر والاقامة والمسائل العلمية والتاريخية .
أما الاثبات في علم القانون فهو اقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية . ويصدق هذا التعريف على الاثبات القضائي الذى يتعامل معه يوميا كل من القاضي والخصوم ويختلف عن الاثبات العلمي والتاريخي الذى يستوجب البحث عن الحقيقة المجردة مهما كانت الطرق والوسائل .
وما يهمنا هو الاثبات القضائي الذى تعددت تعاريفه الفقهية وتباينت وقد اخترت منها تعريفين :
أولهما يعرفه بأنه " اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها " (1)
والثاني بأنه " تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذى أباحه القانون لاثبات ذلك الحق (2)

---

1) السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني المصري ج 2 ص 41 ، طبعة 1972
2) أحمد نشأت رسالة الاثبات ، الجزء الاول ص 14 .

من تحليل هذه التعاريف يمكن استخراج العناصر الأساسية في الاثبات القضائي المتمثلة في :

1) تقديم الدليل أو الأدلة أمام القضاء لاثبات النزاع.

2) ان الاثبات لا يتم الا بالطرق التي حددها القانون كالكتابة وشهادة الشهود والاقرار واليمين والقرائن .

3) ان هذا الاثبات لا يكون مفيدا الا بشأن الوقائع ذات الاثر القانوني .

أهمية الاثبات :

للاثبات في علم القانون أهمية خاصة كنظرية من أهم النظريات التي استرعت اهتمام الفقهاء والمشرعين وليس أدل على ذلك من استقلالها عن بقية العلوم القانونية بنصوص خاصة في بعض الدول .

وتظهر هذه الأهمية أيضا في استقراء المقولات الشهيرة التي قيلت بشأنه منها: " الحق بدون دليل يصبح عند المنازعة هو والعدم سواء " و " الدليل وحده هو الذى يحمي الحق ويجعله مفيدا " و " ما لا دليل له هو والعدم سواء " ، " والدليل هو قوة الحق " (1)

والحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المبدئ له قانونيا كان هذا الحادث معنويا أم ماديا ، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومقعد النفع منه " (2) وعليه يمكن القول بأن الاثبات ضرورى في الحقوق بمثابة الدواء للعلة تتجلى أهميته عند المنازعة .

المبحث الأول : تنظيم الاثبات ومكانته :

المطلب الأول : تنظيم الاثبات : لقد انتهجت التشريعات بشأن تنظيم قواعد الاثبات مذاهب ثلاثة اعتمادا على التضييق والاطلاق في كل من دور القاضي والخصوم في الاثبات وتحقيق العدالة واستقرار المعاملات.

---

1) يحيي عبد الودود ، دروس في القانون الاثبات، ص4 ، طبعة 1971 .
- شوقي رياض ابراهيم ، نظرية الاثبات في المراجعة ، ص70 ، طبعة 1970 .
- السنهورى الوسيط ، ج 2 ص16 هامش.

2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى الجزء الثالث ص349 .

1) المذهب المطلق أو الحر . SYSTEME LIBRE

فالتشريعات التي تتوفى العدالة ولو مع التضحية بمبدأ استقرار المعاملات تأخذ بالمذهب الحر وفيه تسود حرية تقديم وسائل الاثبات، وحرية تقديرها لغاية الوصول الى تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية أو تطابقهما . وتعمل بهذا المذهب التشريعات الألمانية والأميركية، والانجليزية . (1)

2) المذهب المقيد . SYSTEME LEGAL

أما التشريعات التي تتوفى استقرار المعاملات ولو مع التضحية بمبدأ العدالة فتأخذ بالمذهب المقيد حيث تقيد حرية الخصم والقاضي في الاثبات اذ تحدد للأول الطرق القانونية التي يمكنه الاثبات بها، وتحدد للثاني قيمة كل طريقة أثناء تقدير الاثبات بها . فالمهم في ضل هذا المذهب هو أن يكون هناك استقرار في المعاملات مع تحقيق عدالة نسبية . وتعمل بهذا المذهب التشريعات اللاتينية (2) وممن أخذ عنها مثل الجزائر ومصر، وسوريا ولبنان مع فوارق نسبية في الاتجاه الى توسيع سلطة القاضي والخصم في تسيير الدعوى .

3) المذهب المختلط . SYSTEME MIXTE

أما التشريعات التي لم تهتد رأى من المبدأين فقد اتخذت بين ذلك سبيلا سمي بالمذهب المختلط، حيث حددت طرق الاثبات كما حددت قيمها ، من جهة وشرعت حرية القاضي والخصوم في توجيه الاثبات، فالقاضي منحت له سلطة تقديرية واسعة في تقدير معظم طرق الاثبات، والخصم منحت له حرية اختيار الطريقة التي يريدها في معظم الحالات، كما أعطى له حق طلب استبدال الطرق واضافتها وتجريحها ... الخ . وتعمل معظم الشرائع على تهذيب نظرية الاثبات بالتوسط بين التقييد والاطلاق .

---

1) السنهوري ج 2 ص28، مرقس الأدلة الخطية، ص. 615، شوقي رياض ابراهيم نظرية الاثبات في المراجعة ص 15، رزق الله الانطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة السادسة، ص454 .

2) أحمد نشأت ج 1 ، ص30، سليمان مرقس، الأدلة الخطية، ص8، رزق الله الانطاكي، المرجع السابق 456 .

المطلب الثاني :

مكانة نظرية الاثبات بين القواعد القانونية .

لقد تبوأت نظرية الاثبات أماكن مختلفة بين القواعد القانونية فمن التشريعات من يوزع قواعدها بين القواعد الاجرائية والموضوعية حيث يضع الأولى بين قواعد الاجراءات أو المرافعات ويضع الثانية بين قواعد القانون المدني مثل الجزائر، تونس، فرنسا، العراق، ليبيا، المغرب . ومن التشريعات من يجمعها ضمن قواعد المرافعات تحييزا للجانب الاجرائي على الجانب الموضوعي مثل القانون اللبناني، والألماني والشريعة الاسلامية . (1)

وهناك من أفرد قواعد الاثبات بقانون خاص مثل مصر، سوريا، وأميركا، وأنجلترا . والمهم هو أن أوضح مكانة قواعد الاثبات في التشريع الجزائري .

1) محمد محي الدين عوض في " الاثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان " ص9، طبعة 1974 . ومحمود محمود مصطفى ، " الاثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن " ص 31 .

مكانـة قواعـد الاثبـات في التشـريـع الجزائـري •

لقـد فصـل المشـرع الجزائري بين قواعـد الاثبات الموضوعيـة والاجرائية حيث ضمن الأولى القانون المدني وضمـن الثانيـة في قانون الاجراءات المدنيـة ، متأثـر في ذلك بغيره من التشريعات في تعيينـه لمكانـة الاثبـات بين منظومتـه التشريعيـة وخاصة بالقانون الفرنسي لاعتبارات تاريخية معروفة •
كما تأثرت بالقوانين العربيـة التي سلكت نفس المسلك مثل تونس ، والمغرب ، وليبيا والعـراق •

ا ـ قواعد الاثبات الموضوعيـة في القانون المدني •

لقد أفرد المشرع الجزائري القواعد الموضوعية في الاثبات بالباب السادس من الكتاب الثاني المتضمن العقود والالتزامات من القانون المدني الصادر سنة 1975 (1) حيث تضـم هذه الأحكام في المواد (من 323 الى 350) ، وهي موزعة على طرق الاثبات المعروفة بحيث خص الاثبات بالكتابة بالمواد (من 323 الى 332) سـواء ما تعلـق منها بالكتابة الرسمية أو العرفيـة أو البرقيات والرسائل أو دفـاتـر التجار والأوراق المنزلية ، وخص الاثبـات بالشهادة (البينة) بالمواد (من 333 الى 336) ، كما خص القرائن بالمواد (من 337 الى 340) ، والاقرار بالمواد (من 341 الى 342) ، أما اليمـين فقد خصت بالمواد (من 343 الى 350) •
هذا بالاضافـة الى مواد أخـرى متفرقة تتعلق بمواضيع خاصة كالمادة (312) المتعلقـة بقرينـة التقادم القصير المدة والمادة (232) الخاصة بالتضامن •
وتحديـد مكانة القواعـد الموضوعيـة للاثبات ضمن باب الالتزامات والعقود لا يعني اقتصارها على هـذه القواعـد بل هي طـرق تنصـرف الى اثبات كل التصرفـات والوقائع القانونيـة مدنيـة كانت أم تجاريـة أم أموال شخصيـة أم علاقة عمل الـى غير ذلك من المسائل الواجبة الاثبات سواء كانت حقوقـا أو طلبات أو دفـوع •
كل ما في الأمـر أن العادة جرت في التشريعات التي سبقـت مشرعنا في وضـع مثل هذه القواعـد ضمن قواعـد الالتزامات •

---

1) الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975 ، والنصوص التي عدلته وتممته •

ب ـ قواعد الاثبات الاجرائية في قانون الاجراءات المدنية •

لقد ضمن المشرع الجزائري قانون الاجراءات المدنية قواعد الاثبات ذات الطابع الشكلي أو الاجرائي موزعة بين الباب الثالث من الكتاب الثاني والباب الثالث من الكتاب السابع حيث ضمن الأول القواعد الخاصة بشهادة الشهود أو مضاهات الخطوط والخبرة والمعاينة تحت عنوان اجراءات التحقيق في المواد من 43 الى 80، وضمن الثاني القواعد الخاصة بالاثبات باليمين في المواد من 427 الى 434 •

بالاضافة الى قواعد اجرائية أخرى متناثرة ضمن هذا القانون كالمواد : (155، 165، 291 الى 293) المتعلقة بالطعن بالتزوير في الوثائق التي تقدم للاثبات• (1)
وقد سلك مشرعنا مسلك الكثير من التشريعات في اختيار مكانة قواعد الاثبات وسوف لن يسلم من الانتقادات التي وجهت لهذا الاتجاه وأهمها :

ـ صعوبة التفرقة بين القواعد الموضوعية والاجرائية • ٤٢٠٣٤٧

ـ تشتيت فكر المكلف بالاثبات بين القوانين وهذا ما يكلف ضياع الوقت والجهد واتقاءا لهذه الانتقادات عملت تشريعات متقدمة على أفراد مواد الاثبات بنوعيها الموضوعي والاجرائي في قانون قائم بذاته وأنا أحبذ هذا المسلك وأملي أن يسعى اليه مشرعنا في يوم ما باخراج المواد المتعلقة بالاثبات الى قانون خاص •

---

1) الامر 66/154 المتضمن قانون الاجراءات المدنية المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966، والنصوص التي عدلته وتممته •

المبحث الثاني : المبادئ الأساسية في نظرية الاثبات.

أهم الموضوعات التي ترتكز عليها نظرية الاثبات هي محل الاثبات، وعبء الاثبات وطرق الاثبات. وفيما يلي نظرة وجيزة عن هذه المبادئ.

المطلب الأول : محل الاثبات : OBJET DE LA PREUVE

محل الاثبات هو السبب المنشئ للحق المدعى بوجوده أو زواله أو وصفه (1) فالاثبات اذا انصب على مصدر نشوء الحق لا على الحق أو الالتزام في حد ذاته، والواقعة القانونية قد تكون تصرفا قانونيا مثل البيع والوصية، وقد تكون وقائع مادية كالأعمال الضارة والنسب، وهذه التصرفات والوقائع تترتب عليها آثار قانونية معينة لذلك فان العنصران الأساسيان في الواقعة القانونية هما الواقع والقانون، والخصم لا يكلف الا باثبات عنصر الواقع الذى يمثل مصدر أو منشأ الحق أو الالتزام . أما عنصر القانون فلا يكلف الخصم باثباته وانما القاضي هو المكلف بمعرفته .(2)
وهنا نجد بعض الخلافات المتعلقة بالعادات الاتفاقية والقانون الأجنبي .

1) بالنسبة للعادات الاتفاقية : يرى بعض الفقهاء أنها تنزل منزلة الوقائع التي لابد على الخصم من اثباتها (3) على عكس العرف الذى يفترض علم الكافة به ومنهم القاضي .

2) بالنسبة للقانون الأجنبي : هناك من يرى أن القانون الأجنبي ينزل منزلة الوقائع القانونية، ويصعب على القاضي التعرف على جميع القوانين الأجنبية لذلك يكلف الخصم باثباتها . (4)

غير أن هناك من يرى أن يعامل القانون الأجنبي كالقانون الوطني ومن ثم يجب على القاضي معرفته والتحرى عنه بحيث لا يفقد القانون قيمته بخروجه من منطقة لأخرى (5)، وهذا هو الرأى السديد عندى نظرا لسهولة الحصول على المرجع، وكثرة التراجم، وسرعة الاتصال .

---

1) سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للاثبات، ص 45، طبعة 1973 .
2) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق (الأشخاص والأموال والاثبات) في القانون المدني الجزائري، ص 360 .
3) السنهوري، الجزء الثاني، ص 52 .
4) نشأت، ج 1 ص 39 — حسنين محمد، نظرية الحق (الأشخاص والأموال والاثبات) ص 361 .
5) السنهوري، ج 2 ص 55 .

شـروط الواقعـة القانونيـة المـراد اثباتهـا ٠

اتفـق الفقهـاء علـى أن الـواقعـة القانونيـة لا تكـون صالحـة للاثبـات الا بتـوافرهـا علـى الشـروط الآتيـة ٠ (1)

أن تكـون محـددة ،ممكنـة ،متنـازعا فيهـا ،متعلقـة بالدعـوى ،منتجـة فيها ٠ وقـد تضمنـت بعض هذه الشـروط المـادة 61 مـن قانـون الاجـراءات المدنيـة بنصهـا " يجـوز الأمـر بالتحقيـق لاثبـات الوقـائع التي تكـون بطبيعتهـا قابلـة للاثبـات بشهـادة الشهـود والتي يكـون التحقيـق فيهـا جائـزا ومنتجـا فـي الدعـوى" ٠

المطلـب الثـانـي : عـبء الاثـبـات ٠ CHARGE DE LA PREUVE

فـي كل دعـوى لابد مـن اثبـات ولولا هذا الاثبات ،وما يتميز من صعوبـة لأصبـح الادعـاء حرفة لأهل البـاطـل ،ونقمـة لذوى الحقوق ويصدق ذلك الحديـث الشريـف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس أمـوال أناس ودمائهـم " ٠

لذلك وجد مبـدأ عبء الاثبات وهو أن يلقـى ثقل اثبـات الدعـوى على أحـد الخصـم قد يكـون المدعي وهو الغالـب وقد يكـون المدعى عليه ،وذلك تحت اشراف القضاء ٠

- القـاعـدة العـامـة -

1) الطرف الذى يلقـى عليه هذا العبء يتم تعيينـه من طرف المشرع كما في حـالـة المـادة 323 ق م ج ٠ بنصها " على الدائن اثبـات الالتزام وعلى المديـن اثبـات التخلـص منـه ٠ (2)

هذا المبدأ يعرف بالقاعـدة العامـة في تحمل عبء الاثبات ومفادة كل من يدعي خـلاف الظاهر يقع عليه اثبات دعواه ٠ والظاهر قد يكـون أصلا وقد يكـون عرضـا ومن يتحمل عبء الاثبات يصبـح في موقـف صعب قد ينجـح في تحقيقـه وقد يخفـق وبالتـالـي يتحمـل النتيجـة ،اذ يكسب القضيـة في حالـة اثبات دعـواه ويخسرهـا ان أخفق في ذلك ٠

---

1) السنهورى الوسيط ج 2 ص 60 ـ نشأت ج 1 ص 32 ،يحيى بكوش ،أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائرى والفقه الاسلامي ،ص 26 ،طبعة 1981 ٠
حسنين محمد نظرية الحق (الاشخاص ،الاموال ،والاثبات) في ق م ج ص 363 ،364 ٠

2) هذه المادة تقابلها المادة 1 من قانون الاثبات المصرى لسنة 1968 وهي مطابقة لها تماما ،كما تقابلها المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي بنصها " من يطالب بتنفيـذ الالتزام يجب عليه اثباته " كذلك من يدعي التخلص من الـتزامـه يجـب عليـه أن يثبـت

وبالمقابل يمكن للخصم الآخر اثبات العكس [1] وحتى لا تترك الحرية للمتنازعان أن يتقاذفا عبء الاثبات فقد نصت التشريعات على قرائن وقواعد عامة في الاثبات يمكن اجمالها فيما يلي :

1) الأصل في الالتزامات براءة الذمة : [2]

مفاد القاعدة أن المرء بريء الى أن تثبت ادانته وعليه فعبء الاثبات يلقى على المدعي ليثبت ما يدعيه فان تمكن من ذلك كسب دعواه وان لم يتمكن خسرها . أما المدعى عليه فلا يكلف بالاثبات الا في حالة الدفع بعد أن ينتهي المدعي من تقديم أدلته وهذا ما يسمى بحق الدفاع اذ يعطى المدعى عليه هو الآخر فرصة الاثبات بعد أن ثبت عرضا بأن الحق للمدعي فان استطاع أن يرفض الظاهر عرضا كسب الدعوى والا فانه يخسرها .

2) الأصل في الحقوق العينية هو الأمر الواقع : [3]

مفاد القاعدة أن حائز الشيء حيازة فعلية أو قانونية يعتبر مالكا له لذلك يجب الاثبات على من يدعي خلاف ذلك واذا تمكن من اثبات دعواه فاما أن يسلم الحائز المدعى عليه واما أن يحاول اثبات خلاف الواقع عرضا ونتيجة العملية الأخيرة تنتهي القضية دون الاخلال بمبدأ نقل عبء الاثبات بين الخصوم .

= الوفاء به أو أن يثبت الواقعة التي أدت الى انقضائه .

ART.1315 : "Celui qui réclame l'execution d'une obligation doit la prouver reciproquement, celui qui se pretend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

1) تناغو نظرية الالتزام ص 641 - حسنين محمد نظرية الحق ص 366 .

2) مرقس ، الأدلة الخطية ص 70 - حسنين نفس المرجع السابق ص 366 . تناغو ، نظرية الالتزام ص 645 .

3) مرقس ، الأدلة الخطية 72 - حسنين نفس المرجع السابق ص 367 . تناغو ، في نظرية الالتزام ص 647 .

واذا كان المدين والدائن (المدعي والمدعي عليه) يتقاذفان الأدلة التي قد تكون بحوزتهم فان المشرع قد وضع القواعد العامة في الاثبات يحمي بها الطرف الضعيف في بعض الأحيان نظرا لصعوبة وعسر الاثبات من جهة، ولتحقيق مبادئ أخرى في القانون والمجتمع كمبدأ استقرار المعاملات من جهة أخرى. لذلك أوجد المشرع القرائن كوسيلة للاثبات وهذه القرائن نوعان، قانونية وقضائية من وضع المشرع وهي عبارة عن قواعد عامة أحيانا وعن قواعد خاصة أخرى.

قرائن القواعد العامة.

الأصل فيها ما يتفق مع هذه المبادئ كمن يتمسك بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ كافة أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، وعليه فمن يتمسك بمثل هذه المبادئ لا يلقى عليه عبء الاثبات بل يلقى على عاتق من يدعي خلاف ذلك. (1)

أما القرائن البسيطة : فهي كثيرة، وقد وضعها المشرع لحماية بعض الأطراف في المعاملات وهي تخفف على صاحبها العبء اذ تنقل عليه عبء الاثبات لكنها لا تعفيه نهائيا منه ومثالها قرينة الوفاء في التقادم القصير بمدة سنة الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 312 ق م ج حيث حمى المتمسك بالتقادم اذ اعتبرته بأنه دفع ديونه بعد مرور سنة، ولكن بصفة غير مؤكدة لذلك أضاف اليه أن يحلف اليمين على أنه فعلا قد وفى بالدين الذي عليه، لذلك يقال بشأنها أن القانون يحمي الظاهر. (2)

أما القرائن القضائية : فانها متروكة لأمر القاضي يستنتجها من ظروف الدعوى ووسائل اثباتها ووقائعها. وهي مسائل منحها المشرع اياه ليلعب دوره في باب الاثبات، ولكن هل قواعد الاثبات التي ذكرناها من النظام العام وبالتالي لا يمكن العمل ضدها أو الاتفاق على مخالفتها ؟

جمهور الفقهاء متفق على امكانية مخالفة أحكام هذه القواعد باتفاقات خاصة (3) لأنها ليست من قواعد النظام العام ومن ثم يجوز للمتعاقدين أن يجعلا عبء الاثبات على أحدهما دون الآخر، كأن يشترط أحدهم على ألا توجه اليه اليمين بشأن ما قد يحدث بينهما من نزاعات أو كأن يتفقا على الاثبات بالشهود ما لم ينص القانون على اثباته بالكتابة... الخ.

---

1) تناغو، نظرية الالتزام ص649 - 2) تناغو، نظرية الالتزام ص 651
مرقس، الأدلة الخطية، ص 73.

3) مرقس، الأدلة الخطية ص81 بند 31، تناغو في نظرية الالتزام ص 659.
السنهوري الوسيط 2 ص86 وما بعدها.

ويلاحظ هنا أن كل هذه القرائن يرجع الفضل فيها الى الشريعة الاسلامية ومنها انتقلت الى الفقه الغربي وهي مبادئ كان يعمل بها منذ القدم في معظم البلاد العربية التي طبقت مجلة الأحكام العدلية وكذا القوانين الحديثة التي تقربت من هذه الشريعة مثل القانونين العراقي (1) والأردني الجديد.(2)

---

1) المواد في القانون المدني العراقي هي :
المادة 444 " الاصل براءة الذمة"
المادة 445 " اليقين لا يزول بالشك"
المادة 446 " يضاف الحادث الى أقرب أوقاته "
المادة 447 " الاصل بقاء ما كان على ما كان والاصل في الصفات العارضة العدم — وما يثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه"
المادة 448 " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك ببقاء الاصل "

2) أما المواد في القانون الأردني هي :
المادة 73 " الاصل براءة الذمة وعلى الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه"
المادة 74 " اليقين لا يزول بالشك"
المادة 75 " 1— الاصل بقاء ما كان على ما كان كما أن الاصل في الأمور العارضة العدم
2— وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه"
المادة 76 " الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق "
المادة 77 " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"
المادة 78 " البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الاصل "
المادة 79 " الكتابة والشهادة والقرائن القاطعة والمعاينة والخبرة حجة متعدية والاقرار حجة قاصر على المقر"
المادة 80 " كل شهادة تضمنت جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه ترد "
المادة 83 " لا تحلف اليمين الا بطلب الخصم ولكن تحلفه في المحكمة بيمين الاستظهار وعند الاستحقاق، ورد المبيع للعيب فيه وعند الحكم بالشفعة ولو لم يطلب الخصم تحليفه"

المطلب الثالث •

طرق الاثبات • PROCEDES DE LA PREUVE

طرق الاثبات هي الوسائل القانونية التي تقدم لاثبات النزاعات أمام القضاء •

لقد نصت التشريعات التي حددت طرق الاثبات على طرق معينة وحددها مشرعنا في القانون المدني لسنة 1975 في المواد الآتية (1)

- الكتابة المواد من 323 الى 332 من القانون المدني الجزائري •
- البينة (شهادة الشهود) (2) المواد من 333 الى 336 من ق م ج
- الاقرار المواد من 341 الى 342 من القانون المدني الجزائري •
- القرائن المواد من 337 الى 340 من القانون المدني الجزائري •
- اليمين المواد من 343 الى 348 من القانون المدني الجزائري •

---

1) وتقابلها في قانون الاثبات المصرى لسنة 1968 المواد من 114 الى 130 وفي أصول المحاكمات اللبنانية المواد من 228 الى 240، وفي قانون البينات السورى المواد من 112 الى 133، وفي قانون المدني العراقي لسنة 1951 المواد من 471 الى 488، وفي القانون المدني الاردني لسنة 1976 المواد من 72 الى 83، وفي القانون المدني الفرنسي المواد من 1357 الى 1369 والمواد 317 الى 322 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1975• وفي مشروع التقنين الفرنسي الايطالي المواد من 310 الى 322•

2) هناك كثيرا من يسميها البينة رغم أن البينة تطلق على كل وسيلة تبين الحق كما سنذكره في الموضوع فيما بعد •

أما المعاينة والخبرة فهما لا تعتبران دائما من طرق الاثبات اذ تعتبران أحيانا اجراءات تحقيق يمتلكها القاضي والخصوم .

فللقاضي أن يأمر بالخبرة أو يأمر بالانتقال للمعاينة أو أن ينتقل هو بالذات للمعاينة . وللخصوم أيضا طلب الخبير أو الانتقال للمعاينة .

وهذا ما يتماشىّ مع ما أخذ به مشرعنا في تنظيم هاتين الوسيلتين في قانون الاجراءات المدنية الى جانب اجراءات الاثبات وتنظيم القواعد الموضوعية في القانون المدني .

وفيما يلي أقدم نظرة وجيزة من أهمية كل طريقة على حدا على أن أفرد مكانا خاصا للتعريف باليمين باعتبارها موضوع البحث .

1 ـ الاثبات بالكتابة . LA PREUVE LÂTERRALE,OU L'ECRIT

تعتبر الكتابة أهم وسائل الاثبات في العصر الحالي لما تمتاز به من دقة في نقل المعلومات، والقدرة على حفظها مدة طويلة من الزمن وأنها تتسم بالعمومية لصلاحيتها لاثبات جميع المنازعات مدنية كانت أم تجارية أو غيرها من العلاقات الخاصة مهما بلغت قيمتها ، وأهم أنواعها :

ـ الورقة الرسمية : ACTE AUTHENTIQUE

وهي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه (م 324 ق م ج) .

وتتسم الورقة الرسمية بالحجية المطلقة اذ تشكل دليلا في مواجهة الكافة (القاضي ، والخصوم ، وعامة الناس) ولا يجوز الطعن فيها الا بالتزوير، كما تكتسب أيضا قوة تنفيذية ، اذ يجوز طلب تنفيذها بالقوة العمومية كأى حكم حائز لقوة الشيء المقضي به .

أما صور الورقة الرسمية فانها تتساوى في القيمة مع أصلها اذا صودق عليها من طرف موظف عمومي ، وتنزل الى مرتبة الورقة العرفية فيما دون ذلك .

ـ الورقة العرفية أو العقد العرفي : ACTE SOUS SIGNE PRIVE

هي الورقة التي تصدر ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من توقيع أو خط . ولها حجية نسبية على طرفيها وخلفائهم .

أما الغير فلا يحتج بها عليهم بتاريخها الا بشروط كأن يسجل في وثيقة رسمية أخرى، أو يسجل ذلك التاريخ لدى الموثق، أو يؤشر عليه من طرف ضابط عام مختص، أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو امضاء. (م 328 ق م ج)

- الرسائل والبرقيات : MESSAGES ET TELEGRAMMES

تكون للرسائل الموقعة قيمة الأوراق العرفية، كما تكون للبرقيات نفس القيمة اذا كان أصلها المودع في مكتب البريد موقعا عليه من مرسلها وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.
واذا تلف أصل البرقية فلا يعتبر بنسخها الا لمجرد الاستئناس (م 329 ق م ج). كل هذا مع مراعاة حرمة السر في المراسلات.

- دفاتر التجار : LES LIVRES DE COMMERCE

دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين الى أحد الطرفين فيما يكون اثباته بالبينة، وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن اذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه (م 330 ق م ج).

الدفاتر والأوراق المنزلية : لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منهم الا في حالتين :

1- اذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا.
2- اذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بها دون فيها أن تقوم مقام السند من أثبت حقا لمصلحته. (م 331 ق م ج)

وهي تشكل قرائن قضائية يكمل القاضي بها اقتناعه.

وأخيرا التأشير على سند الدين مما يفيد براءة ذمة المدين : يشكل التأشير على سند الدين ببراءة ذمة المدين حجة على الدائن الى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته. وكذلك يكون الحكم اذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع بما يستفاد منه

براءة ذمة المديـن ٠ (م 332 ق م ج) ٠

ورغـم هذه الأهميـة التي اكتسبتها الكتابـة والميزات التي تمتـاز بها فـانهـا لا تخلـو من عيـوب أهمها :

- أنها تعرقـل سير المعاملات لما تتطلبـه من وقـت وجهد ٠
- أنها لا تـدل دائما على الحقيقـة اذ يمكن أن تكون مزورة أو مكتوبة بالتواطؤ ٠
- أنها تهدد عامل الثقة في التعامل ،اذ غير معقول أن يتخذ الشخص جانـب الحذر في معاملاته التي تعد بالعشرات في اليوم وخاصة بالنسبة للتجار ٠
- أن الأمية مازالت متفشية ومن ثم فالكتابة تثقل كاهل هؤلاء الأميين مما يقلـل من اقدامهم على التعامل ٠
- أن الرسمية تتطلـب دفع رسـوم تثقـل كاهل المتعاملين بالمصاريف الزائدة ٠

ب - الاثبـات بشـهـادة الشـهـود ٠

LA PREUVE PAR TEMOINS

شهادة الشهـود من أقـدم طـرق الاثبات التي عرفتها الـشرائـع وأهمها على الاطـلاق قبل ظهور الكتابـة ،ولا تزال ذات أهميـة بالغة وخاصـة في الاثبات الجنائي ٠ اذا كانت وسيلـة اثبات لجميع النزاعات دون تمييـز فـي النـوع أو القيمـة ،غير أن حـدود من حيث قيمتها وضعت بعد انتشار الكتابـة وما تتصـف به من مـميزات البقـاء والاستمرارية ،والشمولـيـة من جهة ،ومـا قـد تتعرض له الشهـادة من عـيوب قد تصيـب ذاكرة الشاهد ،من نسيـان واشتباه الأمـور والكذب الى غير ذلك من عيـوب الشهادة ،هذه العيـوب أدت الـى ترتيب الشهادة في ذيـل الأدلـة بجعلها أداة لاثبات نـوع معـين مـن التصرفات والتي لا يتجاوز قيمتها الماليـة مقـدار معين من النقـود حـدد بألف (1000) دج في القانون المدني الجزائري [1] ،و (20) جنيـه فـي قانـون الاثبات المصري ٠ أما الوقائع الماديـة التي لا يمكـن أن تمتـد اليهـا الكتابـة فاثباتها بشهادة الشهـود مازال قائمـا دون استثنـاء وكذلك مازالت تحظى بالقسط الأكـبر للتدليـل في المواد التجاريـة على اعتبار أنها تقتضـي

---

1) تنص المادة 333 ق م ج على أنه "في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا تجـوز البينة في اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك" ٠
تنص المادة 334 ق م ج على أنه " لا يجوز الاثبات بالبينة ولو لم تـزد القيمة على ألف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمـون عقد رسمي ٠

السرعة المتناقضة مع الكتابة والتدوين • واليمين والشهادة توأمتان في النشأة وحليفتان في التدليل يجتمعان حيث تكون الشهادة غير كافية كدليل • ويستقلان حيث يكفي أحدهما فقط لاثبات المنازعة • ورغم الانتقادات الكثيرة الموجهة للشهادة وأولها القيود التي فرضت عليها فانها مازالت محتفظة بمكانها بين قواعد الاثبات•

ج ـ الاثبات بالقرائن • LA PREUVE PAR PRESOMPTION

من المعلوم أن القرائن نوعان : قانونية وقضائية •

فالقانونية هي التي ينص عليها الشارع في القانون كالتقادم في الحقوق بنوعيه المكسب والمسقط• أما القرائن القضائية فهي التي يستنتجها القاضي من وقائع النزاع باثبات وقائع أخرى متصلة بها أو مشابهة لها لذلك سميت الوسائل غير المباشرة • والتفرقة الأساسية بين النوعين تكمن في أن القرائن القانونية ذات صفة الزامية للقاضي والخصم •

أما القرائن القضائية فليست ملزمة (للقاضي) ،ويمكن للخصم اثبات عكسها بوسائل أخرى ،وانها مخصصة لاثبات الحقوق التي لا تتجاوز قيمتها 1000 دينار جزائري ،المادة 340 قانون مدني جزائري (1) ،والقرينة القانونية تعتبر وسيلة تعفي من تقررت لصالحه عن الاثبات بالطرق الأخرى • أما القرينة القضائية فهي وسيلة تزيد من قناعة القاضي فقط• وقد استعملت القرائن منذ زمن بعيد في الاثبات،وكانت تعتمد على ذكاء القضاة واستنباطهم للأمور من بعضها ،ومن غيرها ،وما تزال تحتل مكانة مرموقة في التشريعات الحديثة •

---

1) تنص المادة 340 ق م ج على أن " يترك لتقرير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الاثبات بالبينة " •

د ـ الاثبات بالاقرار ٠ LA PREUVE PAR L'AVEU

الاقرار هو اعتراف الخصم ولقد عرفته المادة 341 من القانون المدني الجزائري بنصها على أن " الاقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة " ٠
وقد اختلفت الآراء حول تحديد طبيعة الاقرار : هل هو وسيلة اثبات الحقوق أو هو وسيلة اعفاء من الاثبات ؟
الرأى الراجح في الفقه هو اعتباره وسيلة تعفى من الاثبات. (1)
أما الرأى الضعيف فيعتبره من طرق الاثبات. (2)
والحقيقة أن اخراج الاقرار من طرف الاثبات لا يتماشى والمنطق القانوني اذ أن معظم التشريعات في العالم تنص عليه بين وسائل الاثبات ولو كان من غيرها لما اقترن بها واحتفظ بمكانته في هذا العصر بالذات عصر النقد ٠
أما كونه اعتراف من الخصم لنفسه أو عليها فلا يعول عليه دائما اذ قد يقر الانسان بغير الحقيقة سواء كان مضطرا أو مكرها ، أو متواطئا مع غيره لتضليل العدالة ٠ المهم أنه كبقية الوسائل يحتمل الصدق والكذب ، وهو يلتقي مع اليمين خاصة في نكول الموجهة اليه اذ يعتبر ذلك النكول اقرار لدى أغلبية الفقهاء ٠
ويتميز اليمين عن الاقرار يكون اليمين اشهاد الله على صفة يقترحها الخصم وباشراف القاضي بينما الاقرار اشهاد الشخص على نفسه ٠

---

1) السنهوري ج 2 ص 104 ـ والأستاذ يحيى بكوش في أدلة الاثبات في ق م ج ص 206 ، والأستاذ أدوارعبد في نظرية الالتزام ص 670 ٠
2) سليمان مرقس في الأدلة الخطية ص 104 ٠
أحمد نشأت في رسالة الاثبات ج 1 ص 93 حيث اعتبرها من انصاف الأدلة ٠
يحيى عبد الودود دروس في قانون الاثبات ص 31 حيث اعتبرها من الأدلة الاحتياطية ٠

- المبحث الثالث -

اليمين كطريقة للاثبات

أن الكلام عن اليمين يستوجب التعريف بها ثم اظهار أهميتها وأنواعها •

المطلب الأول :

تعريف اليمين

ان تعريف اليمين يتطلب منا تحديد مفهومها من الناحيتين اللغوية والشرعية أو الاصطلاحية •

1) اليمين في اللغة : هي اليد اليمنى المقابلة لليسرى وتأتي أيضا بمعنى الشدة والقوة وتطلق على القسم (1) وأطلقت أيضا على الحلف لأنهم كانوا اذا تحالفوا أخذ كل بيمين صاحبه وقيل لأن اليمين (بمعنى القسم) تحفظ الشيء كما تحفظه اليد (2) وقيل بأن اليمين تعني القوة وسميت احدى اليدين اليمنى لزيادة قوتها على الأخرى وسمي القسم يمينا لأنه يتقوى به أحد أطراف الخبر وهو الصدق (3) واليمين جمع أيمان ، ومعناها البركة والقوة • وتجمع أيضا أيمن وهي القسم مؤنثة كما تجمع أيضا أيمن ، وأيمان ، وأيامن ، وأيامين ضد اليسار للجهة وتصغيرها يمين جمع يمائن (4) من هذه التعاريف اللغوية لليمين يتضح لنا جليا أن عبارات اليمين والحلف والقسم تؤدي معنى واحدا عند استعمالها في اتيان خبر ، وبها يتقوى ذلك الخبر ويصدق •

---

1) محمد شفيق العاني في كتابة الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد ص 152 طبعة 1965 •

2) الفقه الميسر في المعاملات والعبادات ، أحمد عاشور ص 394 الطبعة الرابعة سنة 1977 •

3) المرحوم أحمد نشأت في رسالة الاثبات ج 2 ص 89 هامش الطبعة السابعة لسنة 1972 ، تحت اشراف الأستاذ محمد أبو الفضل حفني •

4) المنجد في اللغة والاعلام الطبعة 21 دار الشرق بيروت •

2) اليمين في الاصطلاح الشرعي : لليمين في القانون الوضعي ،وفقه الشريعة الاسلامية تعاريف عديدة أقتصر هنا على ذكر بعضها .لقد عرفها المرحوم فقيه الامة العربية الاستاذ السنهوري - بأنها "قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول ،أو على انجازما يعد ويستنزل عقابه اذا حنث" (1) ،وعرفها الدكتور يحيى عبد الودود بأنها "اشهاد الله" على صدق ما يقوله الخصم الاخر (2) ،أما الاستاذ المرحوم نشأت فقد عرفها بأنها "استشهاد الله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله والخوف من بطشه وعقابه اذا ما حنث" (3) . كما عرفت بأنها عمل مدني ديني يتخذ فيه الحالف شاهدا على صدق ما يقول أو على انجازما يعد ويستنزل عقابه اذا ما حنث" (4) ،كما عرفت أيضا بأنها " تحقيق الامر أو توكيده بذكر الله تعالى أو صفة من صفاته. (5)

أما الاستاذ سليمان مرقس فقد عرفها بأنها " اخبار عن أمر مع الاستشهاد بالله تعالى على صدق الخبر" (6) ،وعرفت أيضا بأنها تأكيد يصدر من شخص يتخذ فيه الله شاهدا على صحة قوله . (7) كما عرفت بأنها توكيد معترف به قانونا على صدق تقريرات أحد الخصوم المنصبة على صميم الخصومة ،وذلك باشهاد الله العظيم الذى يعلم السر والعلن على صدق ما يقول ،أو باشهاد الهه الخالص ، أو ذمته أو ضميره على ذلك (8) من التعاريف السابقة يتضح لنا بأن اليمين لا بد فيها من أستشهاد الله على قول الحالف حتى يمكنه أن يصدق في قوله (وعدا كان أو تأكيدا) .

---

1) الوسيط في شرح القانون المدني ج 2 ص 514 ،طبعة 1973 ،دار احياء التراث العربي .
2) دروس في قانون الاثبات ص 168 ،طبعة 1970 ،دار النهضة العربية .
3) رسالة الاثبات ج 2 ص 69 ،طبعة 7 سنة 1972 .
4) أصول المحاكمات المدنية والتجارية ص 613 ،نقلا عن اوبرى وارو .
5) الفقه الميسر في العبادات والمعاملات ص 894 ،طبعة 4 سنة 1978 .
6) شرح القانون المدني ص 955 ،طبعة 1864 ،الطبعة العالمية ،القاهرة .
7) هنري كابتان وكلان ص 352 P. Precis de droit civil Tome II 9° Edition - Librairie DALLOZ - PARIS 1950
8) أحمد مسلم أصول المرافعات ،1979 ص 625 ،الناشر دار الفكر العربي .

والهيبة من هذا الخالق في حالة الحلف كذبا وخشية العقاب في الدنيا (1) والآخرة (2) وهي تستعمل بهذه الصفات لتدل على صدق الخبر الذي استشهد فيه بالله، ولذلك نرى صدق الوصف الذي جاء لليمين في تعريف الأستاذ رزق الله الانطاكي والمنقول عن الأستاذ بين أوبري وروا بأنها عمل ديني ومدني، أما التعاريف الأخرى فمتحدة في المعنى رغم اختلافها في الألفاظ : وان كنت أرى أن أوضحها وأشملها هو تعريف الأستاذ يحيى عبد الودود . وعلى ضوء ما سبق أستسمح أساتذتي بأن أعرف اليمين بأنها قولا يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق أو عدم صدق خبر يؤكده أو ينفيه أو أمر يعد به، وأعلل هذا التعريف بما يلي :
قلت أن اليمين قولا يتخذ فيه الحالف الله شاهدا : ذلك لأن محتوى اليمين فقرة تصاغ من طرف الخصم أو القاضي في الاثبات ومن المشرع في التعهدات.

---

1) فأما العقاب الدنيوي فنوعان :

النوع الأول : منصوص عليه في القانون الوضعي . وفي الجزائر تنص عليه المواد 240 241، 14 ـ 8 ـ من قانون العقوبات حيث اعتبرت الحلف كذبا جنحة يعاقب عليها بالحبس من سنة الى خمسة ـ 5 ـ سنوات وبغرامة من 500 دج الى 2000 دج مع امكانية حرمان المذنب من بعض الحقوق الوطنية لمدة تتراوح بين 5 و 10 سنوات مثل عزل وطرد المحكوم عليه من الوظيف، وعدم أهليته بأن يكون مساعدا محلفا وخبيرا أو شاهدا وعدم أهليته بأن يكون وصيا أو ناظرا ... الخ . كذلك تنص المادتين 149 150 من القانون التجاري الجزائري على معاقبة مرتكب جنحة كذب اليمين بعقوبتين تتمثل الأولى في حرمان الجاني من ممارسة بعض الأعمال التجارية ولو بالتبعية كالسمسرة، والوساطة، والاستشارة المهنية التجارية والوديعة (م 149 ق ت ج) وتتمثل الثانية في معاقبة من يمارس هذه الأعمال بعد ارتكابه الجناية بالحبس من شهر الى (3) ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز 10،000 دج أو بأحدى العقوبتين فقط وفي حالة العود تضاعف العقوبة (م 150 ق ت ج).

أما النوع الثاني : من العقاب الدنيوي فهو وارد في الشريعة الاسلامية بنص قرآن في قوله تعالى " لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم واحفظوا ايمانكم ... " الآية 90 من سورة المائدة.

2) أما العقاب الأخروي فقد رهبت منه الشريعة الاسلامية سواء في الكتاب المقدس أو على لسان البشير النذير ﷺ

ويشمل هذا القول اسم الله أو صفة من صفاته (1) ، حتى يحمل محمل الصدق لدى الغير على ما حدث أو سيحدث . والحلف على ما حدث فعلا من الأمور بقصد اثباتها قد يكون من فعل الحالف فيحلف على البت ، وقد يكون من فعل غيره فيحلف على مجرد العلم أو الاعتقاد . أما التعهد بما سيحدث مستقبلا فيكون بالوعد باتيان أعمال معينة ، أو الامتناع عن اتيانها ، كما في اليمين الدستورية ، واليمين التي يؤديها الموظفون ، والقضاة ، واليمين بهذا المعنى الواسع تتبناها مشرعنا في كل من القوانين : الدستوري ، والمدني ، والتجاري ، والاجراءات المدنية ، والعقوبات ، وبعض المواد في قوانين أخرى ، لكن ما يهمنا هو اليمين كوسيلة للاثبات ، ويقتصر على ما ورد في القانون المدني ، وبالضبط في الفصل الخامس من الباب السادس من الكتاب الثاني . بالاضافة الى بعض القواعد المتعلقة باليمين في القانون التجاري ، وقانون الاجراءات المدنية ، باعتبارهما أقرب القوانين الى المدني ، مع الاستعانة ببعض المواد المتفرقة في قوانين أخرى عند الحاجة اليها .
بعد هذا التعريف المجمل لليمين نتعرض فيما يلي الى أنواعها وأهميتها .

---

* ففي القرآن الكريم قال سبحانه وتعالى " ولا تتخذوا ايمانكم دخلا بينكم فتزل قدم بعد ثبوتها وتذوقوا السوء بما صددتم عن سبيل الله ولكم عذاب عظيم " الآية 94 من سورة النحل . ومن الأحاديث النبوية التي دلت على العقاب الأخروي لحالف اليمين كاذبا ما رواه أبو داوود عن عمر بن حصين أن النبي (ص) قال " من حلف على يمين مصبورة كاذبة فاليتبوأ بوجهه مقعدا من النار " ، وأيضا ما رواه البخاري ومسلم عن الأشعب بن قيس قال : " كان بيني وبين رجل خصومة فاختصمنا الى رسول الله (ص) فقال (شاهداك أو يمينه) : فقلت أنه يحلف ولا يبالي فقال : " من حلف على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان " مشار الى هذه الأحاديث في فقه السنة للسيد سابق ط 1 جزء 3 ، ص 449 وفي منهاج المسلم للأستاذ أبي بكر الجزائري ط 4 سنة 1981 — دار الطباعة والنشر بقسنطينة .

1) ان استهلال اليمين بالله أصبح غير ضروري في البلدان غير الاسلامية ، بل حتى عند بعض هذه البلدان أصبحت تكفي عبارة — أقسم — أو أقسم بالشرف والضمير — أو بأحلف كما في القانون اللبناني . ادوار عيد قواعد الاثبات ج 1 ص 389 ، وفي قانون الاثبات المصري م 127 .
ونفس المعنى أورلياك وبالفوس — تاريخ القانون الخاص ج 1 الالتزامات فقرة 73 ص 87 اذ جاء فيه (الكنيسة رفضت باضمار اسم الله بكلمة أقسم ، وقالت : النية وحدها تكفي .) .

المطلب الثاني : تقسيمات اليمين وأهميتها .

الفرع الأول : أنواع اليمين في القانون الوضعي .

يمكن تقسيم اليمين في القانون الوضعي الى عدة أنواع تبعا لمعايير مختلفة .

المعيار الأول بالنظر الى الغرض الذى تؤدى من أجله تنقسم الى قسمين :

- يمين الوعد أو التعهد . Serment Promissoire
- يمين التوكيد أو الاثبات. Serment Probatoire ou Affirmatif

أولا : يمين الوعد : وتشتمل عدة أنواع

ا - اليمين الدستورية : التي يؤديها رئيس الجمهورية (م 110 من الدستور)

ب - يمين يؤديها رجال السلك القضائي : من قضاة (م 427 ق إ م ج) وكتبة المحاكم وموظفوها (م 428 ق إ م ج) ، والمحامون (م 429 ق إ م ج) والخبراء (م 430 ق إ م ج) وكذا المترجمون .

ج - يمين الشهود : (م 65 ق إ م ج) .

ويمين الوعد هذه يؤديها صاحبها للتعهد بالقيام بأعمال ينجزها أو لتأكيد أقوال يشهد بها أو عدم اتيان أفعال أو أقوال .

ثانيا : يمين التوكيد أو يمين الاثبات : وتشمل هي الأخرى أيمان تستخدم في الاثبات القضائي .

ا - اليمين الحاسمة : SERMENT DECISOIRE

منصوص عليها في المواد 343 الى 347 ق م ج ، بالاضافة الى بعض المواد المتفرقة كالمادتين (232، 574 ق م ج) .

ب - اليمين المتممة : SERMENT SUPPLITOIRE OU SUPPLETIF

وتحكمها المواد (348، 349 ق م ج) وكذا المواد (330 ق م ج) والمادة (18 من ق تج) .

ج - يمين التقويم : SERMENT ESTIMATOIRE, EN PLAID

وتحكمها المادة (350 ق م ج) .

د - يمين الاستيثاق : SERMENT DE CREDIBILITE

وتحكمها المواد (312، 327 ق م ج) وكذا المواد 461، 467، 528 من ق تج ، والمواد (17، 73) من قانون الأسرة .

هـ - يمين الاستظهار : وتحكمها قواعد الشريعة الاسلامية .

المعيار الثاني بالنظر الى مصدر هذه اليمين تنقسم الى ثلاثة أقسام :

1) يمين مصدرها الخصوم : وهي ما يسمى باليمين الحاسمة ،فهي ملك للخصم ان شاؤا تمسكوا بها وان شاءوا أعرضوا عنها ،وليس للمحكمة أن توجهها من تلقاء نفسها .

2) يمين مصدرها القضاء : وهي اليمين المتممة ،فهي متروكة لحرية القاضي يوجهها لمن يشاء من الخصمين ،وفي أى وقت يشاء .

3) يمين مصدرها القانون : بمعنى أن توجيهها لا يكون الا اذا نصت على ذلك قاعدة قانونية وفي موضوع معين بذاته ،وتوجيهها مفروض على المحكمة ، والخصم بقوة القانون ،ومثالها ما نصت عليه المواد (312 ،327 ،350) من القانون المدني الجزائرى والمواد (461 ،467 ،328)من القانون التجارى الجزائرى بشأن يمين الاستيثاق ويمين العلم ويمين التقويم .

المعيار الثالث تقسم يمين الاثبات بحسب الجهة التي تؤدى أمامها الى قسمين :

1) اليمين القضائية : (Serment Judiciaire) وهي التي تؤدى أمام القضاء وكل أحكامها مقننة سواء في القانون المدني ،أو الاجراءات المدنية ، أو غيرها من القوانين ،كالتجارى والجنائي . وتشمل الأيمان التي ذكرتها في التقسيم الثاني .

2) اليمين غير القضائية : (Serment Extra Judiciaire) وهذه اليمين ليست مقننة ،ولا تخضع لأحكام خاصة . كل ما في الأمر أنها تخضع للاتفاقات الخاصة بين أطرافها ،ويخضعون في اتفاقاتهم هاته الى القواعد العامة المتعلقة بالعقود ،سواء من حيث تكوينها أو آثارها ،ولا يعتد بها أمام القضاء الا بالقدر الذى ثبتت اثباتا صحيحا (1). وقد كانت هذه اليمين منتشرة في بلادنا وخاصة قبل الاستقلال ، ويرجع ذلك الى اعتبارات تاريخية يمكن تخليصها فيما يلي :

ابان العهد الاستعمارى كانت تطبق القوانين الاستعمارية الجائرة ،سواء من حيث تعقيد وسائل الاثبات أو كثرة الشكليات اذا كانت تشرط الكتابة . مثلا

---

1) السنهوري الوسيط جزء 2 ص 515 وسليمان مرقس الإقرار واليمين ص 113 اد وأرد عبد قواعد الاثبات ص 390 .

لاثبات معظم الالتزامات دون مراعاة الأمية المتفشية في المجتمع الجزائـــري ، ودون مراعاة العادات والاعراف المحلية في فض النزاعات التي عادة ما تتم أمام جماعة من المسنين وهؤلاء يقومون بدور المحكمين فيما بين أطراف النزاع.

كما كان العهد الاستعماري يتسم بصعوبة التقاضي أمام المحاكم الاستعماريـة المليئة بالشكليات التي لا تتماشى وتقاليد مجتمعنا الذى كان يطبق أحكـــام الشريعة الاسلامية في الاثبات وخاصة منها شهادة الشهود ،واليمين.لهـذه الأسباب عهد المواطنين في هذه الفترة الى التهرب من دور العدالـــــة الاستعمارية والالتجاء الى فض نزاعاتهم عن طريق الاحتكام الى المفتي أوأمام المسجد أو جماعة من المسنين .

وابان الثورة التحريرية كان جيش التحرير هو الآخر يقوم بدور القضاء من حـين لآخر وغالبا ما كانت تثبت النزاعات بواسطة الشهادة أو القرينة أو توجيه اليمـين الحاسمة أو المتممة الى أحد طرفي النزاع على أن يؤديها أمام مجلس التحكـيم أو في المسجد بحضور الامام أو على أضرحة أحد الأولياء في احدى زوايـــــا المنطقة حسب اختيار موجة اليمين وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن معـظـم نزاعات الجزائريين في العهد الاستعماري كانت تقضى باليمين غير القضائية .

وما تجدر الاشارة اليه هنا أن الفقه الفرنسي انقسم بين ساكت عن اليمــــين وناقد لها ،فأما ملتزموا الصمت (1) فانهم يحاولون تجاهل هذه الطريقة فـــي الاثبات رغم حيازتها لمكانة مرموقة بين قواعد الاثبات في التشريع الفرنســي اذ خصص لها المشرع الفرنسي المواد من 1357 الى 1369 من القانون المدنـي ضمنها نفس أحكام اليمين المعمول بها في قانوننا المدني ،وأما مهاجموا اليمين (2)

---

1) كاربونيي جون ،في القانون المدني ج 4 الالتزامات طبعة 10 سنة 1979 " اذ لم يذكر اليمين الا عرضا في كلامه عن ضرورة الاثبات بالكتابة في الفقرة 44 ص 161 .

مارتي ورينو (Marty Gabriel,etRaymond-P) القانون المدني ج 2 القسم الأول الالتزامات 1962 (اذ لم يذكر اليمين الا عند تطرقه لآثار التضامن في الفقرة 793 وعند تطرقه لقرينة الوفاء بمرور مدة التقادم القصير فقرة 877) .

ديموغ ريني (DEMOGUE René) شرح الالتزامات بصفة عامة ج 6 آثـــــار الالتزامات 1931 حيث ذكر اليمين التقديرية بشكل عارض فقرة 264 .

؛ مازو هينري وجون (Henri et Jean) دروس في القانون المدني .

2) بـول فيشي (VIVET (Paul.F.)) جوريس كلاسور 1979 الالتزامـــات اليمين فقرة 05 ص 04 .

فقد استندوا الى زوال الوازع الديني لدى أفراد هذا المجتمع، ويقولون مادامت اليمين تعتمد على الجانب الديني فبقاؤها ضمن قواعد القانون الفرنسي أصبح تزيداً لا فائدة منه ومن ثم طالب بعضهم بالغائها على اعتبار أنها لا تصلح كأداة للاثبات في مجتمع انعدمت فيه الاخلاقية الدينية .

وما دمنا بصدد تقسيمات اليمين في القانون الوضعي فلا يفوتنا أن نعرج على نفس الموضوع في فقه الشريعة الاسلامية .

الفرع الثاني :

أنواع اليمين ومصادرها في فقه الشريعة الاسلامية : لليمين في فقه الشريعة الاسلامية مكانة مرموقة بين وسائل التقاضي في ميدان اثبات المعاملات باعتبارها البينة (1) أو الأداة الأكثر استعمالا بعد شهادة الشهود وتتضح هذه المكانة من استعراض مصادرها في الشريعة الغراء ثم أنواعها .

أولا — مصادر اليمين في الشريعة الاسلامية :

أ — القرآن الكريم كمصدر لليمين : لقد شرع الله سبحانه وتعالى اليمين في آيات بينات كما قد أشرنا الى بعضها ولا بأس أن نجعلها هنا لأهميتها كمصادر لا يمكن الاستغناء عنها ومنها قوله تعالى : " لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم .. " (2) وقوله تعالى : " لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة ايمانكم " . (3)

---

1) البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة شهود أو الشاهد لم يوف مسماها حقه ولم تأت البينة فقط في القرآن مراد بها الشاهدان وانما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة .. من كتاب الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ابن قيم الجوزية طبعة 1956 ، ص32 .

2) الآية 221 من سورة البقرة .

3) الآية 90 من سورة المائدة .

وكذلك قوله تعالى : " ولا تتخذوا ايمانكم دخلا بينكم فتزل قدم بعد ثبوتها وتذوقوا السوء بما صددتم عن سبيل الله ولكم عذاب عظيم ، ولا تشتروا بعهد الله ثمنا قليلا انما عند الله هو خير لكم ان كنتم تعلمون ... " (1)
ثم قوله تعالى : " ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم ... " (2) ففي هذه الآيات الكريمة وغيرها شرع لنا عز وجل هذه الوسيلة للاثبات، وبين لنا أحكامها اذا أخطأنا في استعمالها ، وحذرنا من عاقبة الغش بها ، وأوصانا بالمحافظة على حسن استعمالها ، ثم وعدنا بالعذاب العظيم ان تعمدنا الوقوع في أخطار اليمين الكاذبة حيث قال : " واحفظوا ايمانكم " وقال " ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها ... " .

ب — السنة كمصدر لليمين : في السنة أحاديث نبوية شريفة كثيرة تتعلق باليمين منها حلفه صلى الله عليه وسلم : " والله لأغزون قريشا " ومنها قوله (ص) : " من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت " . وقوله (ص) :
" البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " . (3) " وشاهداك أو يمينه " وفي رواية أخرى : " بينتك أو يمينه " . " ولا تحلفوا بالله ، ولا تحلفوا الا وأنتم صادقون " ويضاف الى ذلك ما رواه أحمد وأبو الشيخ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله (ص) قال : " خمس ليس لهن كفارة ، الشرك بالله ، وقتل النفس بغير حق ، وبهت مؤمن ، ويمين صابرة (كاذبة) يقطع بها مالا بغير حق " كما روى البخاري عن عبد الله بن عمر أن النبي (ص) قال : " الكبائر هي : الاشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس ، واليمين الغموس " . (4)

---

1) الآية 93 من سورة النحل .
2) الآية 220 من سورة البقرة .
3) وهذا الحديث الشريف منصوص عليه في المادة 77 من القانون المدني الأردني الجديد الذي أحسن صنعا بتقنين هذا الحديث الشريف في قانونه الوضعي كما أنه قنن في المادة 78 منه قاعدة " البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الاصل " وهما قاعدتان عريقتان في فقه الشريعة الاسلامية بشأن أحكام اليمين . وبهذا يكون القانون الأردني أول من يتقرب الى أحكام هذه الشريعة .
4) فقه السنة للسيد سابق طبعة 1 1971 ج 3 ص 9 .

وأيضا روى ابن داوود عن عمر بن حصين أن النبي (ص) قال : " من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ بوجهه مقعدا من النار " . (1)
كذلك ما رواه البخاري ومسلم عن الأشعب بن قيس قال " كان بيني وبين رجل خصومة في بئر اختصمنا الى رسول الله (ص) فقال : " شاهداك أو يمينه " . فقلت : " انه يحلف ولا يبالي فقال " من حلف على يمين تقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان " . (2)

وكذلك " من حلف بغير الله فقد أشرك " وقوله (ص) أيضا " من حلف بغير الله فقد كفر " .

ان كل هذه الأحاديث وغيرها ، تبين لنا بجلاء كيفية العمل باليمين بدأ بحكمها ، وعلى من تجب ، وفي ماذا تجب ، وكيفية تكوين صيغتها ، أو منطوقها ، وما تحدثه من آثار ، وماذا يترتب على صدقها وكذبها ، وجزاء الكذب فيها ، وهي مسائل لم يتوصل القانون الوضعي اليها الا بعد مرور قرون على تشريعها والعمل بها في الشريعة الاسلامية .

---

1) فقه السنة للسيد سابق طبعة 1 1971 ج 3 ص 9 .
2) نفس المرجع للسيد سابق ص 448 ومشار اليه في منهاج المسلم لأبي بكر الجزائري ص 498 .

ثـانيـا : أنواع اليمين في الفقـه الاسلامي : لقد جاء في أحكـام القـرآن للجصاص " والايمان على ضـربين ماضـي ومستقبل ، والماضي ينقسـم الى قسـمين لغـو وغموس ، ولا كفـارة في واحـد منها ، والمستقبـل ضـرب واحد وهـو اليمـين المعقـودة وفيها الكفارة اذا حنـث[1] واليمـين في الفقه الاسلامـي أنواع ثلاثـة :

1 - اليمين الغموس : وتسمى أيضا الصابـرة وهي اليمـين الكاذبة التي تؤخـذ بها حقـوق الغـير ظلمـا وعـدوانا عن طريـق الغش والخيانـة . وهي مـن الكبـائر كمـا سبـق في الحديث الشريـف الذى يشـير اليها وتغمس صاحبها في نـار جهنـم اذ لا ينجيـه منها الا التوبـة النصـوح بارجـاع الحقـوق الى أصحابهـا .

2 - يمـين اللـغـو : وهي التي تحلـف علـى غـير قصـد ولا تكلـف صاحبهـا شيئـا عند جمهـور الفقهـاء وذلك لقولـه تعالى : " لا يؤاخذكم الله باللغـو في ايمـانكم " وان كان الحنفيـة يقولون لا لغو في المستقبـل حيث كل يمـين على أمـر في المستقبل تعتبر يمينـا منعقـدة .

3 - اليمـين المنعـقدة : هي التي يقصـد بها الحالـف ويصم عليهـمـا. حكمهـا وجوب الكفارة فيها عند الحنـث لقوله تعالى : " لا يؤاخذكم اللـه باللغـو في ايمانكم ولكن يـؤاخذكم بما عقدتـم الايمان . " (2)

وهذه اليمين هي التي يقضـي بها في الحقوق والأموال وهي تكـون فاصلـة بذاتها في الـنزاع وتقابـل اليمـين الحاسمة في الفقـه الوضعي وقد تكـون مكملـة لغيرها من وسائـل الاثبات الأخـرى كاليمـين مـع الشاهـد .

ولليمـين المنعقـدة في الفقه الاسلامي أنواع محددة وكلها تقابـل اليمـين الحاسمـة واليمين المتممة في الفقـه الوضعي وأهم هـذه الانواع :

1) اليمـين الدافعـة للتهمـة : وهي لا تجـب على المدعـى عليه بمجـرد التهمة ولكن يجب فيها على المدعى أن يبين على الأقل ما يجعل المدعى عليه متهم بذلك الفعل المراد الاستحـلاف عليـه .

---

1) أحكام القرآن للامام حجة الاسلام أبي بكر أحمد بن علي الرازى الجصاص الحنفي المتوفي سنة 370 هـ الجزء الثاني 435 دار الكتاب العربي بيروت لبنان .
2) الآية 90 من سورة المائدة .

ففي المذهب المالكي لا تجب اليمين على المدعى عليه بمجرد الخلطة بل لا تجب الا اذا قويت التهمة - ولا تجب مع ضعفها ٠ (1)
وهذه اليمين ليس لها سند في الكتاب والسنة بل هي من وضع الفقهاء لدفع التهمة وهي عندهم للاستحسان ٠

2) <u>يمين الاحتياط على مال الغائب</u> : (2)<u>أو يمين القضاء</u> :

وهي يمين أوجبها الفقهاء على المدعى على الغائب أو المتوفى في ماله لنزع الشك من بقاء الدين في ذمته ، وحكمها أن الغائب والمتوفى ومن حكمها حجته معه وعلى فرض وجوده وانكاره لدعوى المدعى أو ادعائه الوفاء بدون بينة أوجبت اليمين على المدعى الى جانب ادعائه للتثبت من الحقوق ٠

---

1) يحيى بكوش ، أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي ص 341 ٠

2) نفس المرجع السابق ، ص 342 ٠

وهذه اليمين هي الاخرى من وضع الفقهاء وليس لها سند شرعي وانما اقتضتها ضرورة الاحتياط على مال الغائب وهي ما يسمى بيمين الاستظهار في الفقه الجعفري [1] كما تسمى أيضا بيمين الاستبراء ومثالها المرأة التي تطلب النفقة من زوجها المتغيب فانها تحلف بالله تعالى على أنها ليست مطلقة وما خلف لها مالا تنفق منه .

3) <u>اليمين المنقبلة أو يمين المنكر</u> [2] : وهي التي توجه الى المنكر في الدعوى ويجوز ردها الى من وجهها .. اذا تحقق اشتراك الخصمين . والا فلا رد فيها ، وسندها الحديث النبوي الشريف " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " ، وهي تقابل اليمين الحاسمة .

4) <u>اليمين المنضمة</u> : وهي اليمين التي تضم الى غيرها من أدوات الاثبات كأن تضم الى شهادة شاهد واحد ، أو شهادة شاهدين أو شهادة امرأتين . وهي تقابل اليمين المتممة أو المكملة في الفقه الوضعي . [3]

5) <u>اليمين مع الشاهد</u> : وهي الحالة التي يقدم فيها المدعى شاهدا واحدا ، ثم يستكمل بينته هذه بأداء اليمين مع الشاهد ، تكملة لنصاب الشهادة ، ولكن ذلك لا يتم الا في الحقوق المالية دون سواها . وهذا باتفاق الفقهاء . [4]

---

1) أصول الاثبات في الفقه الجعفري محمد جواد مغنية ص 186 ط 1 سنة 1964 دار العلم للملايين .

2) محمد جواد مغنية نفس المرجع ص 183 .

3) و 4) يحيى بكوش في أدلة الاثبات ص 344 .

وهذه اليمين أيضا تقابل اليمين المكملة أو المتممة في القانون الوضعي كسابقتها.
وبعد أن ذكرت أنواع اليمين في كل من القانون الوضعي، والشريعة الاسلامية، أحاول في الفقرة التالية اظهار أهميتها.

المطلب الثالث : أهمية اليمين :

ان أهمية اليمين تكمن في الدور الذى لعبته ومازالت تلعبه في ميدان التقاضي. فهي وسيلة اثبات بيد الخصم يستعملها متى شاء، وفي أى نزاع مالي، كما أنها وسيلة اثبات بيد القاضي، يوجهها لمن شاء من الخصمين، وأيضا اتخذها المشرع كقرينة قاطعة في أحوال معينة مثلما هو الحال في المواد (312، 327، 330) من القانون المدني الجزائرى ومواد أخرى في غيره من القوانين وبنفس القدر من الأهمية، تحظى اليمين بمكانة هامة في التقنيات العربية الوضعية، مع تفاوت بسيط في بعض المسائل. أما في الماضي فدور اليمين من بين وسائل الاثبات كان أهم وأعظم، اذ أنها كانت تمثل المخرج الأساسي لكثير من المنازعات، ولا تفوقها أهمية في ذلك الا شهادة الشهود، وخاصة في البلدان العربية التي طبقت الشريعة الاسلامية وخير دليل لنا على أهمية اليمين في هذه الشريعة ما جاء بشأنها من الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة. واجتهادات بعض الفقهاء المسلمين (قدمنا لها في صفحات سابقة) كلها تبين أهمية هذه الطريقة في الاثبات في دستورنا الاسلامي لدى سلفنا الصالح حيث كانت تقابل شهادة الشهود أحيانا، وتكملها أخرى، ولقد احتفظت اليمين بمركزها كدليل للاثبات في قوانين دول كثيرة رغم قلة استعمالها من الناحية العلمية، وتزعزع المفهوم الديني لهذه اليمين. كما في البلدان الأوروبية، وبعض البلاد الافريقية (1) أما في البلاد العربية فقيمتها محفوظة.

---

1) بول فيش فيقي في جوريس كلاسور لسنة 1979 مادة العقود والالتزامات تحت عنوان اليمين الحاسمة فقرة 5 ص 4.

ومما يدعم أهميتها أنها تشكل دليلا لمن لا دليل له، وأنها دليلا شاملا لكافة أنواع الحقوق المالية • مدنية كانت أم تجارية، وهذه ميزة لا تتوافر لدى معظم وسائل الاثبات الأخرى، كالبينة (شهادة الشهود) فهي قاصرة على الحقوق ذات القيمة المعينة، والقرائن المقتصرة على بعض النتائج التي أقرها المشرع أو يستنبطها القضاء، وهي لا تصمد كثيرا أمام بقية الأدلة على الأقل في نوعها القضائي •

أما الكتابة فانها تشكل في هذا العصر العمود الفقري لوسائل الاثبات نظرا لانتشار التعليم وامكانية حفظها للمعلومات التي قد تفقدها الذاكرة • لذلك اعتبرت سيدة الأدلة، ومع ذلك فمكانة اليمين محفوظة بجانبها في حالات عديدة •

أما الاقرار فشأنه شأن اليمين قيمة، ولا يتميز عنها الا بكونه يمتد الى اثبات المسائل الجنائية •

من كل ما تقدم يمكنني أن أستخلص أهمية اليمين كطريقة للاثبات سواء في الماضي أو في الحاضر والتي قيل بشأنها "أن اليمين من أهم الطرق التي يبني عليها الحكم في باب القضاء" (1)، وهذه الأهمية العظمى لليمين تسوقني الى التعرف على أنواعها تفصيلا بعد أن ذكرتها مجملة وسأنتهج في بحثي التفصيل في اليمين في القانون الوضعي الجزائري وبعض التقنينات العربية والقانون الفرنسي على أن أبدأ باليمين الحاسمة ثم اليمين المتممة ثم بعض الصور الخاصة لليمين المقننة في مواد متفرقة كيمين التقويم ويمين الاستيثاق ويمين الاستظهار مع المقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية في الموضوع كلما لزم ذلك •

---

1) أصول الاثبات في الفقه الجعفري، محمد جواد مغنية، ص 178، طبعة 1 لسنة 1964 دار العلم للملايين •

— بول أورلياك ود ومالفوس P.Ourliac et J.Demalfosse في تاريخ القانون الخاص ج 1 الالتزامات، طبعة 2 لسنة 1969 حيث قال في الفقرة 19 ما معناه "أن اليمين في نظر القدماء هو أحسن وسيلة لزيادة الثقة في التعامل بين الأفراد لأن كل اخلال بمضمونها يقابل بعقوبات شديدة أخلاقية ودينية داخل المجتمع" ص 30 و 31 •
كما قال في الفقرة 73 ما معناه " من هنا تدرك أهمية اليمين، اذ العلماء بقوانين الكنيسة جعلوا منها أداة فعالة لوضع ارادة المتعاقدين في مأمن من كل القواعد التقنية والتطبيق العملي أخذ في هذا الاتجاه حيث أن كثير من العقود تثبت باليمين ص 88 •

الباب الأول

اليمين الحاسمة SERMENT DECISOIRE.

ان دراسة اليمين الحاسمة تشمل موضوعين هامين يمثلان أهم المراحل التي تمر بها هذه اليمين وهما :

1- مرحلة التوجيه، بكل ما تشمله من مواضيع تتعلق بطبيعتها القانونية وصيغتها وموضوعها، وشروطها .

2- مرحلة الاثار التي تنجم عن هذا التوجيه، سواء في حلفها، أو ردها، أو النكول عنها .

وعليه سوف أدرس هذه اليمين في فصلين أتناول في الأول ما يتعلق بالتوجيه، وفي الثاني ما يتعلق بالآثار.

الفصل الأول

توجيه اليمين الحاسمة

DELATION DU SERMENT DECISOIRE.

ان توجيه اليمين الحاسمة يستوجب التعريف بها، وبيان طبيعتها القانونية، ثم تحديد مجالها وشروطها .

وسوف أتناول هذه المواضيع في مباحث ثلاثة :

أدرس في الأول طبيعتها، وصيغتها، وفي الثاني مجالها، وفي الثالث شروطها .

المبحث الأول

تعريف اليمين الحاسمة وطبيعتها القانونية وصيغتها .

المطلب الأول : تعريف اليمين الحاسمة :

ان تعريف اليمين الحاسمة يمكن أن نتناوله من الناحيتين القانونية والفقهية .

الفرع الأول

التعريف القانوني

لقد نصت المادة 343 من ق م ج على أنه " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين اذا كان

الخصم متعسفا في ذلك •
ولمن وجهت اليه اليمين أن يردها على خصمه ،غير أنه لا يجوز ردها اذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ،بل يستقل بها شخص من وجهت اليه اليمين • (1)

---

1) هذه المادة متطابقة تماما مع نص المادة 114 من قانون الاثبات المصرى لسنة 1968 •
وتقابلها في قانون البينات السورى المادة 112 بنصها "اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المتداعين لخصمه ليحسم النزاع" •
كما تقابلها في القانونين الفرنسي واللبناني في المادتين 1357 و 228 على التوالي بنصها على أن "اليمين القضائية نوعان :
1) اليمين الحاسمة : وهي التي يكلف بها أحد المتداعين خصمه أن يحلفها على أن يجعل الحكم في القضية موقوفا عليها •
2) اليمين التكميلية : وهي التي يكلف القاضي من تلقاء نفسه أحد المتداعين أن يحلفها •

ART 1357 : Le serment Judiciaire est de deux éspèces :
1° - Celui qu'une partie déféré à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause il est appelé décisoire.
2° - Celui qui est déféré d'office par le Juge à l'une ou à l'autre des parties.

- وتقابلها أيضا في القانون المدني الأردني الفقرة الاولى من المادة 83 بنصها :
" لا يحلف اليمين الا بطلب الخصم " •
- والمادة 471 ق م عراقي بنصها " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر، ولكن لا يجوز ذلك الا باذن المحكمة " •
- كما تقابلها المادة 310 من مشروع القانون الفرنسي الايطالي وهي مطابقة نصا وروحا مع المادة الفرنسية 1357 •

من نص المادة 343 ق م ج والمواد المقابلة لها في القوانين المشار اليها نستنتج اتفاق التشريعات المذكورة على تعريف واحد لليمين الحاسمة، وقد أحسن في صياغتها المشرع السوري •

حيث قال بأن اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المتداعين لخصمه ليحسم النزاع ومن ثم فالاتفاق في هذه المواد ينصب على أن مصدر هذه اليمين هو ارادة أحد المتخاصمين والهدف من توجيهها وهو القضاء على الخصومة بصفة نهائية •

أما في فقه الشريعة الاسلامية فهي تقضي على النزاع مؤقتا لأنّ المدعي اذا استطاع بعد تأديتها أن يقدم دليلا كاملا أمكنه الاستدلال به • (1)

ولا يفوتني أن أشير الى أن بعض هذه القوانين قد قيدت من ارادة الخصم في توجيه اليمين بتعليقها على اذن القاضي مثلما هو الحال في قانون البينات السوري م 113 والقانون المدني العراقي في المادة 171 منه (2) ، أما بعض هذه القوانين فقد أسهب في الاطلاق اذا لم تقيدها بأدنى القيود • بمعنى أنه متى تحققت شروط اليمين الحاسمة وجب على القاضي أن يحكم بها وهذا مسلك القانونين الفرنسي واللبناني • في المادتين 1357 و228 على التوالي والمشار اليهما •

أما البعض الآخر من القوانين فقد اتخذ بين التقييد والاطلاق سبيلا فلم يعلق الأمر بتوجيه اليمين على اذن المحكمة ولم يتركه بيد الخصوم ، ولكنه أعطى القاضي سلطة تمنع التعسف في استعمال هذا الحق من طرف الخصم ضد خصمه وهو موقف المشرعين الجزائري والمصري • وبهذا يمكن القول بأن مشرعنا أخذ بآخر التطورات الفقهية والقضائية في تقنين اليمين الحاسمة •

---

1) يحيى بكوش في أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري ص350، 351 •

2) المادة 113 من قانون البينات السوري تنص على أنه " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر ولكن لا يكون ذلك الا باذن المحكمة " •
أما المادة 471 من القانون المدني العراقي فتنص على أنه " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر، ولكن لا يجوز ذلك الا باذن المحكمة " •

الفرع الثاني

التعريف الفقهي

لقد عرفها المرحوم السنهوري بأنها " اليمين التي يوجهها الخصم الى خصمه يحتكم فيها الى ضميره لحسم النزاع" . (1)

كما عرفها سليمان مرقس بأنها " اليمين التي يوجهها الخصم الى خصمه عند ما يعوزه كل دليل آخر حتى يحسم بها النزاع" (2) وبنفس المعنى عرفها (بيير فواران)

ويعرفها أحمد أبوالوفا بأنها " نظام قانوني خاص وضعه المشرع لاسعاف الخصم الذي يعجز عن اثبات ما يدعيه ، وبه يحتكم احتكاما اجباريا الى ضمير خصمه وذمته" . (3)

وأيضا عرفها اسماعيل غانم بأنها " اليمين التي يوجهها الخصم الى خصمه حسما للنزاع اذا ما أعوزه الدليل القانوني على ما يدعيه" . (4)

أما رزق الله الانطاكي فقد عرفها بأنها " اليمين التي يوجهها أحد المتداعين الى خصمه ليحسم النزاع ، فقد توجه اما من قبل المدعي أو من قبل المدعى عليه" . (5)

---

1) الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجزء الثاني ص515 .

2) من طرق الاثبات الاقرار واليمين واجراءاتها . ص117 ط 1970 ، وكذلك شرح القانون المدني المصري الجزء الثاني في الالتزامات والاثبات ص956 ط 1964 .
- Manuel de Droit Civil Tome I 17° Edition 1970 (PIERRE VOIRNI) Page 859 Page 382.

3) الاثبات في المواد المدنية والتجارية ص221 طبعة 1983 .

4) النظرية العامة للالتزام الجزء الثاني أحكام الالتزام والاثبات ص526 ط 1967 . الناشر مكتبة عبد الله وهبة .

5) أصول المحاكمات المدنية والتجارية صفحة 614 .

ويعرفها أخيرا ادوارعيد بأنها اليمين التي يؤديها أحد المتداعين الى خصمه ليجعل الحكم في الدعوى موقوفا عليها • (1)

أول ما يلاحظ على هذه التعاريف الفقهية أنها لم تأت بجديد يضاف الى ما جاء في التعاريف القانونية السابقة عدا تغيير بعض العبارات بمرادفاتها ،وثانيا أن هذه التعاريف ذات معنى واحد وان كانت متباينة الألفاظ ما عدا اشتراط الأستاذين سليمان مرقس واسماعيل غانم " أن يعوز موجهها أي دليل آخر وهو شرط لم يرد في المواد القانونية ويتناقض وملكية الخصم لليمين الحاسمة •

وعلى ضوء هذه التعاريف،والملاحظات أود متواضعا أن أعرف هذه اليمين بأنها " اتجاه ارادة من يقع عليه عبء الاثبات من الخصمين الى الاحتكام الى ذمة خصمه في واقعة متنازع فيها الحسم النزاع تحت اشراف القضاء ،منعا للتعسف " • وأهمية هذه التعاريف سوف تتضح عندما أتطرق الى شروط توجيه هذه اليمين فيما بعد ،على أن أنتقل الآن الى تحديد الطبيعة القانونية لهذه اليمين •

---

1) قواعد الاثبات في القضايا المدنية والتجارية لادوارعيد الجزء الأول ص 391 طبعة 1961 مطبعة النشر بيروت•

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لليمين الحاسمة

NATURE JURIDIQUE DU SERMENT DECISOIRE

ان تكييف اليمين الحاسمة من المسائل القانونية التي أشتد حولها الجدال الفقهي ويمكن تصنيف الخلافات التي أثيرت بشأنها في اتجاهات ثلاثة ٠

الاتجاه الأول : ينبيها على فكرة العقد ٠ ويتفرع عن ذلك أن كيفوها بعقد صلح ،أوعقد تحكيم ٠

الاتجاه الثاني : ينبيها على فكرة الارادة المنفردة ٠ ويتفرع عن ذلك أن كيفوها بأنها تنازل عن الحق ٠ أو تصرف ارادى شرطي ٠

الاتجاه الثالث : يرجعها الى فئة التصرفات الخاصة التي أملتها بعض الظروف،كالعدالة ،وكعلاج مساوى' نظام تقييد الاثبات٠ وفيما يلي أحاول بسط هذه الاتجاهات مع الانتقادات الموجهة اليها ٠

الفرع الأول

الاتجاهات المبنية على فكرة العقد ،والصلح ،والتحكيم ٠

ـ فأما اعتبارها عقدا ،فهي فكرة قديمة ومهجورة (1) ومنتقدة لأنّ فكرة العقد تستوجب التراضي ،وأي حرية اختيار في اليمين الحاسمة ،فاذا كان موجهها حرا فأين الحرية والخيار بالنسبة لمن وجهت اليه فهو مضطر بأن يأخذ بأحد الحلول الثلاثة التي سطرها القانون : الحلف،أو النكول أو الرد ،وليس في الثلاثة قبول لا يجاب مطروح للتعاقد ٠ ثم ان المتعاقد يحدد مسبقا مصير عقده ،أما موجه اليمين فهو لا يدرى ماذا سيكون مصير تصرفه هذا ٠

---

1) كولا ن وكابيان في 1950٠

- Precis de Droit Civil, Page 355. Tome II , 9° Edition- Librairie Dalloz.Paris.

وأما من كيفوا اليمين الحاسمة بعقد الصلح [1] فقد انتقدهم الآخرون [2] بأن الصلح عقدا أو اتفاقا وقد رأينا ما وجه لذلك من نقد ، اضافة الى أن المتصالح يتنازل عن جزء من حقه لقاء تنازل خصمه عن جزء يقابله •

وذلك تسهيلا لحسم النزاع ولكن موجه اليمين لم يتنازل عن البعض ولا عن الكل من حقه • بل يأمل أن يأخذه كاملا بالاحتكام الى ضمير خصمه ، ويعلم جيدا أنه قد يفقد كل شيء • وكذلك الحال بالنسبة لمن توجه اليه فهو اما يحلف فيكسب القضية ، أو ينكل فيخسرها ، أو يرد اليمين على موجهها • وفي الحالات الثلاث ليس فيها تصالح عن الجزء أو الكل •

أما من كيفوها بأنها (الفقرط) تحكيم [3] فيوجه لهم ما وجه لفكرة العقد من نقد • مضافا اليه أن التحكيم يستوجب تواجد طرف ثالث وهو المحكم بين الخصمين •

أما في توجيه اليمين فان موجهها يحتكم الى خصمه بالذات في ظل العقيدة الدينية والضمير الخلقي لعل هذا الضمير يكون حيا فيحكم بالحق • اضافة الى أن أحكام المحكمين قابلة للاستئناف بينما لا يمكن ذلك بعد صدور الحكم على اثر اليمين الحاسمة ، حلفا ، أو ردا ، أو نكولا • [4]

---

1) الموجز في نظرية الالتزام السنهوري ص 663 وأحمد نشأت رسالة الاثبات ج 2 ص 177 و 78 ويحيى بكوش أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري ص 304 طبعة 1981 •

2) مرقس من طرق الاثبات الاقرار واليمين ص 119 والسنهوري في الوسيط ج 2 ص 516 •

3) أحمد نشأت رسالة الاثبات ج 2 ص 77 •

4) أحمد نشأت نفس الصفحة السابقة •

الفـــــــرع الثــانـــي

الاتجاهات المبنيــة على فكــرة التصــرف بارادة متفردة

نظرا للنقــد الموجه الى فكــرة تكييــف اليمين بالعقــد سواء كان صلحا أو تحكيما فان بعض الفقهــاء لجــؤوا الى تكييفهــا على أساس فكرة للتصرفات الصادرة عـــن ارا د ة واحدة (1) ، وهؤلاء انقسمــوا الى قسمين :

قسـم يعتبرها من التصرفات الشرطيــة •

وقسـم آخــر يعتبرها من التصرفــات التبرعيــة •

فأما من يعتبرها من التصرفات الشرطيــة (2) فانهم يعللون ذلك بأن اليمين تصرف من جانب واحد يرتب عليه القانون آثار خاصة وعلى هذا الأساس يبقى التصرف معلقا علـــى تحقق هذه الآثار (الشرط لمن الخصم الآخر وهي اما الحلف أو الرد أو النــكـــول فما تحقق منها يعتبر محققا للشرط •

أمــا من يعتبرها تبرع أو تنازل عن الحق المدعى به (3) أو عن بقية وسائل الاثبــات فالنقد الموجه اليه أن موجه اليمين لم يكن في نيتــه التبرع أو التنازل عن الحق المدعى به أبدا • بل له كل الأمل في أن يكسب حقه كاملا • وان كان في نفس الوقت يعـــرف أنه يراهن على حقه اذ قد يخسره كله • فاذا خسر دعواه أو ربحها فليس ذلك مترتبــا على ارادته بل هي النتيجة الحتميــة لاحتكامه الى ضمير خصمه •

---

1) سليمان مرقس من طرق الاثبات الاقرار واليمين ص 120 • ويحيى عبد الودود دروس في قانون الاثبات ص 169 • والسنهوري ج 2 ص 517 • أحمد أبو الوفاء في الاثبات في المواد المدنية والتجارية ص 222 طبعة 1983 •

2) السنهوري الوسيط ج 2 ص 516 الى 518 •

3) ادوار عيد ج 1 ص 319 • وسليمان مرقس ص 118 من طرق الاثبات الاقرار واليمين طبعة 1970 • أنور سلطان قواعد الاثبات في المواد المدنيــة والتجارية (دراسة فـــي القانونين المصري واللبناني) طبعة 1984 ص 195 •

الفرع الثالث

اعتبار اليمين نوع خاص من التصرفات أملتها ضرورات العدالة ومساوىء النظام المقيد في الاثبات

هناك من الفقهاء من يعتبر اليمين الحاسمة نوع من التصرفات الخاصة، استوجبتها ظروف معينة تتمثل في أن من لا يملك دليلا لاثبات حقه، سواء نتج ذلك عن اهمال أو خطأ أو نسيان فانه ليس من العدل أن يحرم من حقه، دون أن يسمح له القانون بالخروج بخصمه الى ميدان العدالة الرحب (1) بعيدا عن دائرة القانون ليحتكم الى ضميره، ان شاء أغناه وان شاء أفقره.

فالمهم أن يكن فاقد الدليل من استخدام اليمين كأدنى حد للعدل، وجزاءا على تقييد المشرع لوسائل الاثبات وهو تأكيد لما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى بأن التكييف الحقيقي لهذه اليمين يكمن في كونها وسيلة لعلاج مساوىء النظام المقيد في الاثبات قد كفر بها القانون عن نفسه في التقييد بوسائل اثبات معينة على عكس الحال في الاثبات الجزائي حيث يعمل مذهب الاطلاق أو المذهب الحرفي انتقاء وسائل الاثبات. (2)

وبناء على كل ما تقدم يمكن أن أستخلص أن اليمين الحاسمة هي تصرف ارادى خاص عادة ما تمليه ضرورات عملية تتمثل في الافتقار الى الدليل وضرورات قانونية تتمثل في تقييد حرية الخصم والقاضي في الاثبات.

لذلك كان لزاما على مشرعنا أن يترك نافذة لمن يعوزه الدليل للخروج بخصمه الى ميدان العدالة علنه يحصل على حقه بالاحتكام الى ضميره.

---

1) أحمد أبو الوفاء في كتابة التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات المجلد 2 ص1218 لقد جاء فيه ما يلي "الواقع أن اليمين ليست الا تأكيدا لواقعة أمام القاضي في ظل ضمانة من الذمة والعقيدة الدينية وهي بهذا الوصف ليست الا علاجا يحد في مساوىء نظام تقييد الدليل باعتبار هذا النظام ضرورة لا معدى عنها لتأمين استقرار المعاملات" ونفس المعنى جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصرى ج 3 ص446.

2) عبد الودود يحيى في قانون الاثبات ص169. الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى الجزء الثالث ص446 — سليمان مرقس، الاقرار واليمين ص120.

المطلب الثالث

صيغة اليمين

FORME DU SERMENT

لقد نصت المادة 1/434 من قانون الاجراءات المدنية على أن يؤدى الخصم اليمين بالجلسة أو أمام القاضي بالعبارة الآتية "أحلف بالله العظيم" وانما يجوز للقاضي أن يقبل أو يأمر أن تكون تأدية اليمين بالصيغة والأوضاع المقررة في ديانة الحالف [1] أول ما يلاحظ على هذه المادة هو وجوب استهلال اليمين بعبارة "أحلف بالله العظيم" وهذه العبارة اختصرت في قانون الاثبات المصرى الى "أحلف" تقليد لما جرى عليه العمل في فرنسا [2] حيث قضي على الصيغة الدينية لليمين اذ عدل آخر نص يحمل اسم الله في سنة 1972 من قانون الاجراءات الجزائية بحذف كلمة الله [3] وذهب المشرع اللبناني الى التصريح باستبعاد كلمة الله واستبدالها بأية عبارة تفيد التأكيد لدى الخصم (كالشرف والضمير) [4] في حين أنه من المعلوم أن اليمين اذا جردت من صيغتها الدينية قد لا يصبح لها معنى ولا تكون لها قيمة كدليل للاثبات وعلى العموم فان صيغة اليمين يكونها يوجهها في عبارات واضحة لا غموض فيها، وتناقش من طرف الخصم الى أن يتم الاتفاق على صيغتها النهائية [5] وذلك تحت رقابة القاضي الذى له أن يعدل من صيغته اليمين بالقدر الذى يتلاءم وقصد طرفيها فله أن يستبدل عبارة غامضة بأخرى واضحة دون أن يتعدى ذلك .

---

1) وهي مادة مطابقة للمادة 27 من قانون الاثبات المصرى التي نصت على أن "تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف "أحلف" ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة" .

2) جان فنسان (JEAN VINCENT) دالوز، الاجراءات المدنية الطبعة 19، 1978 صفحة 944 حيث جاء فيه "القانون لا يضع صيغة معينة لليمين، والمؤكد أن تشمل الصيغة عبارة (أقسم) تؤدى بصوت مرتفع، وتؤدى كتابة من طرف الأخرس أما بقية الشكليات، كنزع القفازه ورفع اليد اليمين فهي عادات قضائية ليس لها أى اعتبار" .

3) جوريس كلاسور لسنة 1979 ص 4 فقرة 3 ب الأستاذ بول فيشي فيقي .
- كذلك أورلياك، مالفوس في تاريخ القانون الخاص ج 1 الالتزامات فقرة 73 ص 87 ، (الكنيسة رخصت باضمار اسم الله بكلمة أقسم، وقالت النية وحدها تكفي) .

4) ادوار عيد، قواعد الاثبات ج 1 ص 389 .

5) بنفس المعنى حكمت محكمة التميز العراقية بقولها "اذا عجز المدعى عليه من اثبات دفعة وجب أن تصاغ اليمين الموجهة الى المدعى بالشكل الذى يأتلق مع الدفع المذكور" قرار رقم 390/1942 ليوم 20.04.1942 فقرة 1213 من مجموعة المبادئ القضائية، القسم المدني، عبد الرحمن العلام ص 374 طبعة 1957، العاني بغداد .

ويجب أن تحلف اليمين بالصيغة التي يؤشر عليها القاضي بعد اقتراحها من طرف أحد الخصمين • واستثناء يمكن أن يؤدى اليمين بغير الصيغة القانونية عندنا وذلك لشروط تضمنتها المادة 434 المذكورة آنفا والمتمثلة في :

— أن يكون الحالف غير مسلم •

— أن يطلب القسم وفق ديانته وما يتفق مع ما ينص عليه قانونه •

— ألا يكون هذا الطلب بناءا على اجبار الخصم •

أما اذا كان الحالف جزائري أو مسلم فلا يجوز له أن يحلفها بغير الأوضاع المقررة في قانوننا غير أن المرحوم أحمد نشأت يرى أن يجارى القضاء رغبة المستحلف في الطريقة التي يريد بها استحلاف المطلوب لأنه هو الذى يحتكم الى ذمة خصمه بل وأكثر من ذلك يرى أن يجبر الحالف على تأدية اليمين وفقا لديانته ، لأن ذلك سوف يكون أكثر تأثيرا عليه [1] ومع احترامي لرأى الأستاذ نشأت فان ذلك يفتح المجال الى زوال الصيغة الاسلامية لليمين وخاصة وأن هذه الصيغة فقدت حتى في بعض الدول العربية ، لذلك أرى أن يجبر الحالف على الحلف بالله أولا ثم يضيف ما يمكن أن يؤثر في ذمته من معتقدات • [2]

أما في البلاد العربية فمن الضرورى أن يحتفظ بالحلف بالله أو صفة من صفاته وان أردنا الزيادة فحسبنا في هذا المجال أن تطبيق ما جاءت به شريعتنا من تغليظ اليمين أو تخفيفها حسب الأحوال • [3]

---

1) رسالة الاثبات ج 2 ص 71 •

2) كاضافة القسم بالتوراة أو الانجيل أو الزبور •

3)التغليظ : يكون بزيادة صفة أو أكثر من صفات الله تعالى • أما التخفيف يكون بغير ذلك كأن يحلف بالله ما لفلان عليه شيء • •

أما التغليظ فيحلف مثلا بالله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم في العلانية • • •

وله أن يزيد في التغليظ ما يراه مؤثر من آيات او أحاديث أو أدعية •

أما معيار ما يستوجب فيه التغليظ فرأيان :

أ — ينظر الى حالة الحالف ان كان صالحا لا يغلظ عليه وان كان غير صالح غلظ عليه اليمين •

ب — ينظر الى مقدار المال المدعى به اذا بلغ أو تجاوز مقدار الزكاة غلظ ، ولا تغليظ فيما دونه نشأت في رسالة الاثبات ج 2 ص 73/74 •

تحليف الأخرس

أما عن صيغة تحليف الأخرس فلم يرد بشأنها نص في القانون المدني الجزائري أما قانون الاثبات المصري فقد نص عليها في المادة 129 / 2 منه بقوله : " يعتبر في حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إذا كان لا يعرف الكتابة ، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها " (1) هذه المادة أساسية حبذا لو نص عليها في قانوننا لأنها تمس فئة كثيرة من الأشخاص المعوقين وهم كثرة في بلادنا .

ولعل مشرعنا عول على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 60 من ق م ج الواردة بشأن التعبير عن الارادة في التصرفات القانونية حيث نصت على أن "التعبير عن الارادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالاشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذ لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا " هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان الأخرس غالبا ما يكون من ذوي العاهات التي تستوجب تواجد من يتولى شؤونه بالنيابة عنه لذلك لا يخلو في رأيي قصد المشرع الجزائري من أحد الأمرين . وتجدر الاشارة هنا إلى أن مشرعنا نظم كيفية أداء اليمين من طرف الشاهد الأصم والأبكم في قانون الاجراءات الجزائية المادة 92 حيث يستوجب أن توجه له اليمين كتابة أو يستدعي له مترجما يفهم اشاراته ، ويذكر في محضر حلفه اسم ذلك المترجم ولقبه وموطنه ومهنته ثم يوقع ذلك عن حلف اليمين . (2)

---

1) وتقابلها المادة 81 من القانون المدني الأردني " يعتد في شهادة الأخرس وحلفه باشارته المعهودة " .

2) المادة 92 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري تنص على أنه اذا كان الشاهد أصما أو أبكما توضع الأسئلة وتكون الاجابات بالكتابة ، وإذا لم يكن يعرف الكتابة ينتدب له قاضي التحقيق من تلقاء نفسه مترجما قادرا على التحدث معه ويذكر في المحضر إسم المترجم المنتدب ولقبه ومهنته وموطنه وينوه عن حلف اليمين ثم يوقع المحضر " .

المبحث الثاني

مجال اليمين الحاسمة

ان تحديد مجال اليمين الحاسمة يستوجب التطرق الى الزمان الذى توجه فيه والموضوعات التي يمكن أن يستدل بها فيها ،لذلك سوف أقسم هذا الفصل الى مبحثين كل منها لمجال .

المطلب الأول

النطاق الزماني لليمين الحاسمة

تنص المادة 344 ق م ج في الفقرة الثانية منها على أنه " يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أى حالة كانت عليها الدعوى " . (1) لقد أجاز المشرع لمن يقع عليه عبء الاثبات من الخصمين أن يوجه للآخر اليمين الحاسمة في كل المراحل التي تمر بها الدعوى . والمراحل التي تمر بها عادة الدعوى هي المرحلة الابتدائية ،والاستئنافية ،والنقض ،لكن الفصل في موضوع الدعوى لا يكون الا في المرحلتين الابتدائية والاستئنافية ،أما المرحلة الأخيرة (النقض)فهي تفصل في القضية من الناحية القانونية وهي ناحية لا يمكن توجيه اليمين بشأنها .

الفرع الأول

توجيه اليمين في المرحلة الابتدائية

في هذه المرحلة يحق للخصم أن يوجه اليمين الحاسمة متى شاء ،فله أن يوجهها مباشرة دون أن يكلف نفسه البحث عن دليل آخر وهو بذلك يعد متنازلا عن بقية طرق الاثبات. (2)

---

1) تقابلها في قانون الاثبات المصرى المادة 3/115 وهي مطابقة لها تماما ،كما تقابلها المادة 231 من قانون أصول المحاكمات اللبناني بنصها "يجوز الاستحلاف في أى حالة من أحوال الدعوى وإن لم يكن هناك براءة اثبات للطلب أو للدفع المستحلف عليه ،أما في القانون المدني العراقي فتقابلها المادة 472 بنصها "يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى وفي كل نزاع . "كما تقابلها المادة 1360 من القانون المدني الفرنسي وهي مطابقة للمادة اللبنانية المذكورة .

ART.1360/ : Il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exeption sur laquelle il est provoqué.

وتقابلها المادة 312 من مشروع القانون الفرنسي الايطالي وهي مطابقة لنص المادتين اللبنانية والفرنسية .

2) حكم استئنائي مشار اليه في رسالة الاثبات للأستاذ نشأت ج 2 ص 135 .

وليس عليه قيد في هذا الشأن فهو حر في التنازل عن الحق الذى يملك أهلية التصرف فيه فمن باب أولى أنه يملك حرية التصرف في الوسائل التي تحمي هذا الحق . كما يجوز له أن يتمسك باثبات حقه بوسائل أخرى ثم يلجأ الى اليمين الحاسمة ، وخاصة في الأحوال التي يكون فيها الحكم ابتدائي ونهائي أو في المواضيع غير القابلة للاستئناف . لأن مظنة الخصم في عدم اقتناع القاضي بما قدمه من وسائل ، تجعله يلجأ الى الوسيلة التي يطمئن اليها أكثر، وهي اليمين الحاسمة للنزاع.

وتبقى هذه الحرية في اختيار توجيه اليمين الحاسمة طالما لم توضع القضية في المداولة . بل هناك من يرى امكانية اعادة القضية للمرافعة وتقديم طلب اليمين قبل النطق بالحكم [1] ، ولعل أهمية توجيه اليمين الحاسمة في المرحلة الابتدائية يتضح أكثر في القضايا التي لا يمكن استئنافها كالمنصوص عليها في المادة 2 من قانون الاجراءات المدنية [2] ، والممثلة في :

1) الدعاوى المتعلقة بحقوق عينية عقارية اذا كان الدخل السنوى مقدرا بايراد أو قيمة ايجارية تتجاوز (300 د ج) .

2) في الدعاوى الشخصية والعقارية اذا كانت قيمة النزاع لا تتجاوز (2000 د ج)

3) المنازعات بين المستأجر والمؤجر اذا كانت قيمة الايجار السنوى لا تتجاوز (1500 د ج) أما الاماكن المفروشة فيجب ألا تتجاوز القيمة (3600 د ج) .

---

1) نشأت المرجع السابق ص 135 (حيث يرى امكانية قبول تقديم اليمين حتى بعد ادخال القضية للمداولة مادامت ستؤدى الى حسم النزاع نهائيا) .

2) المادة رقم 2 من قانون الاجراءات المدنية بنصها :

" تختص المحاكم ابتدائيا وانتهائيا :

1 ـ بالدعاوى المنقولة والدعاوى الشخصية العقارية اذا كانت قيمة النزاع لا تتجاوز ألفي دينار (2000 دج) .

2 ـ بالدعاوى المتعلقة بحقوق عينة عقارية اذا كان الدخل السنوى مقدرا بايراد أو قيمة ايجارية لا تتجاوز ثلاثمائة دينار (300 د ج) .

3 ـ بالمنازعات بين المستأجر والمؤجر اذا كانت قيمة الإيجار السنوى يوم رفع الدعوى لا تتجاوز ألفا وخمسمائة دينار (1500 د ج) وفي المنازعات المتعلقة بايجار الاماكن المفروشة إذا كانت القيمة الإيجارية السنوية يوم رفع الدعوى لا تتجاوز ثلاثة آلاف وستمائة دينار (3600 د ج) .

يمثل حكم المادة 2/344 ق م ج المذكورة كل الحالات التي يمكن أن تمر بها القضية أمام المحكمة الابتدائية سواء كانت مدنية أو تجارية مادام المطلوب هو الفصل في موضوع الدعوى، أما اذا كان الطلب يتعلق فقط ببعض الاشكالات كما في القضاء الاستعجالي فلا تقدم بشأنها اليمين الحاسمة لأنها خاصة بطلبات الفصل في الموضوع ومن ثم فان الأحكام التمهيدية لا تقف في وجه اليمين الحاسمة، مادامت لم تمس الموضوع كتعيين الخبير، أو الأمر بالمعاينة الخ ...

الفرع الثاني

في المرحلة الإستئنافية

من المعروف أن المجالس القضائية تمثل محاكم الفصل في الموضوع من الدرجة الثانية، وهي درجة وضعت لمراعاة مصالح المتقاضين، ومن ثم فهي تقوم بنفس الدور الذى تقوم به المحاكم الإبتدائية ولكن بشكل مغاير، أما توجيه أو عدم توجيه اليمين الحاسمة في هذه المرحلة فيجب أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : ألا يكون الخصم قد وجه اليمين الحاسمة في المرحلة الإبتدائية، كأن يكون قد فاتته فرصة الإعلان عنها أو يكون قد اطمأن إلى بعضها عنده من أدلة ثم يتضح له أنها غير كافية، المهم أن الحكم الإبتدائي المستأنف لم يصدر على إثر توجيه هذه اليمين ففي هذه الحالة يكون توجيهها في المرحلة الإستئنافية أمر جد طبيعي ولا يثار بشأنه أى نقاش. (1)

<u>الحالة الثانية</u> : أن يكون الحكم المستأنف قد صدر على إثر توجيه اليمين الحاسمة الرأى الراجح فقها وقضاء (2) أنه لا يجوز إستئناف حكم صدر إثر توجيه اليمين الحاسمة لأن

---

1) عبد الودود يحيى. دروس في قانون الاثبات ص 173 — يحيى بكوش في أدلة الاثبات ص 314 السنهوري الوسيط ج 2 ص 133 — أحمد نشأت رسالة الاثبات ص 134 ج 2.

2) قرار المجلس الأعلى الجزائرى ليوم 4 ماى 1969 مجموعة الأحكام لوزارة العدل ص 230، 234 حيث جاء فيه "حيث أن يمين النفي الموجهة إلى المدعى عليه مع عدم وجود أى بينة للمدعي تؤدى عند أدائها إلى إبطال دعوى المدعى وتكسب هكذا طابعا حاسما لا مكملا اذ لا يتعلق هذا الطابع الأخير باليمين التي يكمل بها المدعي بسدء الإثبات أتى به، ويخلص من ذلك أن قضاة الاستئناف اذ حكموا كذلك لم يطبقوا القانون كما ينبغي ...) وأيضا في القضاء المصرى نقض 9 ٠ 11 ٠ 1964 حيث جاء فيه " عدم جواز إستئناف الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة أن يكون الخصم الموجهة إليه قد حلفها أو نكل عنها طبقا للقانون " بند 1169 من مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض الدائرة المدنية دائرة الأحوال الشخصية والهيئة العامة للمواد المدنية في خمس سنوات يناير 61/66 ص 711 طبعة 1967 دار الكتاب العربي للطباعة والنشر أحمد سمير أبو شادى السنهوري الوسيط ج 2 ص 556 هامش 4، 5 ·

حجيتها مطلقة والطابع الديني يستلزم ألا تكون كاذبة ،وهذا ما يرفع هذه اليمين الى أعلى قمة الأدلة كلها ،لأنها الوحيدة التي تتصف بهذه الصفة .

هذه القاعدة لم تؤخذ على إطلاقها وإنما وردت عليها استثناءات حاول القضاء الفرنسي أن يجمعها في الأسباب التالية حتى يمكن الإستئناف. (1)

أ ــ اذا وجهت اليمين الحاسمة في موضوع لا يصح توجيهها فيه كأن توجه في مسألة مخالفة للنظام العام والآداب.

ب ــ في حالة ما اذا انتاب توجيه اليمين أو أدائها عيب من عيوب الإرادة ،من غلط أو تدليس أو إكراه أو تواطؤ أو نقص في الأهلية .

ج ــ اذا وقع اختلاف على الصيغة المعروضة أو المقررة بغير حق . أما في الجزائر فان المشرع فتح طريق الطعن غير العادى في الحالات التي لا يتمكن فيها الخصم من الطعن العادى ولكن دون أن يسمح بتوجيه اليمين ثانية في مرحلة الاستئناف للحكم الصادر بناء على اليمين وقد جمع الحالات التي يمكن أن يطعن فيها بهذه الطرق غير العادية فيما يلي :

ــ اعتراض الغير الخارج عن الخصومة الذي لم يكن طرفا في الدعوى التي وجّه بها اليمين (م 191 و192 ق إ م ج) .

ــ التماس اعادة النظر من طرف الجهة التي أصدرت الحكم متى تحققت الشروط التالية والتي تنص عليها المادة 194 ق إ م ج .

1) اذا لم تراع الأشكال الجوهرية في الاجراءات قبل أو وقت صدور الحكم بشرط ألا يكون بطلان هذه الإجراءات قد صححه الأطراف.

2) اذا حكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب أو سهي عن الفصل في أحد الطلبات.

3) اذا وقع غش شخصي .

4) اذا قضى بناء على وثائق أعترف أو صرح بعد صدور الحكم أنها مزورة .

---

1) جوريس كلاسور 1956/2 العقود والالتزامات (اليمين الحاسمة) ص 6 ، 7
كذلك جوريس كلاسور السنة 1979 العقود والالتزامات (اليمين الحاسمة 16 فقرتي 111 112 .
بول فيشي (Paul Fieschi Viviet) فاسكيل 159 .
حيث جاء فيه أن الاثر النهائي لليمين ورفضها يؤدى الى عدم قبول الاستئناف الصادر .. ومع ذلك يمكن الطعن فيما يتعلق بشروط اليمين وصيغته والعيوب التي يمكن أن تشوبه)

5 ــ إن أكتشفت بعد الحكم وثائق قاطعة في الدعوى كانت محتجزة لدى الخصم •

6 ــ إذا وجدت في الحكم نفسه وقائع متناقضة •

7 ــ إذا وجد تناقض أحكام نهائية صادرة بين نفس الأطراف وعلى نفس الأسانيد من نفس الجهات •

8 ــ إذا لم يدافع عن عديمي الأهلية •

من هذه المادة يتضح لنا توسع المشرع الجزائري في إمكانية الطعن غير العادى في الأحكام الإبتدائية للأسباب المذكورة وتجدر الإشارة إلى أن إستئناف الأحكام الصادرة بناء على توجيه اليمين الحاسمة يجب أن يحرر بشأنها محضر حلف اليمين ويرفق ذلك المحضر بطلب الطعن (م 74 ق إ م ج) [1] ،أما في فقه الشريعة الإسلامية فالحكم الصادر على إثر توجيه اليمين الحاسمة لا يقطع النزاع بصفة نهائية بل بصفة مؤقتة إذ يمكن للصادر ضده أن يثبت كذب اليمين متى توفرت له وسائل إثبات أخرى تدحض ما حلف عليه • وعلى العمم فإن مشرعنا لم يغلق باب الطعن في الأحكام الصادرة بناء على توجيه اليمين الحاسمة بل جعل المتضرر من ذلك في اختيار بين أمرين •

1 ــ أن يطعن بناء على احدى الأسباب التي ذكرناها والواردة في المادة 194 ق إ م ج أعلاه •

2) أن يرفع دعوى تكذيب اليمين أمام المحكمة الجنائية وينتظر الحكم الذى قد يخوله إمكانية إعادة النظر في القضية مع إمكانية طلب التعويض عما لحقه من ضرر إذا صدر بتكذيب اليمين ، وسأرجع إلى تكذيب اليمين في أوانه •

---

(1) م 74 (في الدعاوى التي لا يجوز فيها الاستئناف بدون كاتب الجلسة أقوال الشهود في محضر أما في الدعاوى الجائز إستئنافها فيحرر الكاتب محضرا خاصا بأقوال الشهود ويرفق هذا المحضر الذى يوقع عليه القاضي بالنسخة الأصلية للحكم • ويتضمن بيان يوم ومكان وساعة التحقيق وحضور الخصوم أو غيابهم وإسم كل شاهد ولقبه ومهنته وموطنه وبيان حلف اليمين • • •)

الفـــرع الثالـــث

اليمين الحاسمة ومرحلة النقض أمام المجلس الاعلـــى

الرأي مجمع في الفقه والقضاء (1) على عدم امكانية توجيه اليمين الحاسمة في هـــذه المرحلة من التقاضي، وسبب ذلك راجع إلى أن المجلس الاعلى لا يفصل في القضايـــا المرفوعة أمامه من الناحية الموضوعية ، بل من الناحية القانونية فقط فهو المراقب لمدى تطبيق القانون في المراحل التي تسبقه ، ومن ثم لا ينظر المجلس الاعلى في طعـــن إلا اذا بني على عدم توفر الشروط اللازمة لتوجيه اليمين الحاسمة مثلا ، أو عدم تطبيـــق الاجراءات المقررة قانونيا بشأنها والمنصوص عليها في المواد (432 ـ 434 ق إ م ج) (2) كعدم تحرير محضر مثبت لاداء اليمين ، أو أداء اليمين بغير الصيغة الواردة فـــي المادة 434 مثلا ، أو خطأ في تطبيق القانون (م 233 ق إ م ج) .

---

1) حيث أن الطعن بأن الخبير لم يؤد اليمين القانونية ولم يستدع الاطراف المتنازعة قبل الشروع في عمليات خبرته لم يعرض على القاضي الاول ولا على قضاة الاستئناف بما أنه ليس من النظام لا يمكن أن يثار لاول مرة لدى المجلس الاعلى "قرار رقم 12199 يـوم 22.06.77 .

ـ المادة 432 ق إ م ج تنص على " يحرر في جميع الاحوال محضر مثبت لاداء اليمين " .

2) المادة 433 ق إ م ج تنص على أنه "اذا وجهت اليمين إلى خصم في نزاع أو ردت عليه فإن الخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه بالجلسة وفي حالة ما إذا تغيب لعذر شرعي ثابت بصفة قاطعة فيجوز أداء اليمين أمام القاضي الذي ينتقل للمكان المطلوب تحليفه اليمين . يعاونه في ذلك الكاتب وفي جميع الاحوال يكون حلف اليمين بحضور الخصم الاخر أو بعد تبليغه لحضور الجلسة) .

ـ المادة 434 ق إ م ج تنص "يؤدي الخصم اليمين بالجلسة أو أمام القاضي بالعبارة الآتية : " أحلف بالله العظيم " وانما يجوز للقاضي أن يقبل أو يأمر أن تكون تأديـة اليمين بالصفة والاوضاع المقررة في ديانة الحالف ، وفي هذه الحالة يحدد الحكم ميعاد ومكان اليمين " .

ـ المادة 233 ق إ م ج تنص بأن " الطعن بالنقض لا يبنى إلا على أحد الاوجـــه الآتية :

1ـ عدم الاختصاص أو تجاوز السلطة . 2ـ مخالفة أو اغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات

3ـ انعدام الاساس القانوني للحكم . 4ـ انعدام أو قصور أو تناقض الاسباب .

5ـ مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الداخلي أو قانون أجنبي متعلق بالاحوال الشخصية .

6ـ تناقض الاحكام النهائية الصادرة من محاكم مختلفة .

أو خطأ في تطبيق القانون (م 233 ق إ م ج)ومن ثم فان الخصم لا يجوز له توجيه اليمين الحاسمة أمام المجلس الأعلى مطلقا ولكن الخصم الذى يطعن بالنقض في توجيه اليمين الحاسمة اذا قبل نقضه من طرف المجلس الأعلى وأعيدت القضية للفصل في الموضوع من جديد جاز له أن يوجه اليمين أمام محكمة الموضوع[1] المعينة من طرف المجلس الأعلى • وبعد أن حددنا النطاق الزماني لليمين الحاسمة في مراحل التقاضي يتعين أن أتطرق الى مسألة مهمة في الفقه الحديث تتعلق بمدى امكانية توجيه اليمين الحاسمة من باب الاحتياط•

1) أحمد نشأت في رسالة الاثبات ج 2 ص 137•

الفـــرع الـــرابـــع

تـوجيه اليمـين الحاسـمة من بـاب الاحـتياط

ان توجيه اليمين الحاسمة بهذه الصفة يقصد به أن يقدم الخصم الذى يقع عليه عبأ الاثبات أدلة أخرى غير اليمين ويشترط لنفسه أن يستدل باليمين إذا لم تكـن الوسائل التي قدمها مجديه لمصلحته ، وأنه لا يوجهها اذا كانت الأدلة المقدمـة كافية لحسم النزاع.

أما الإجابة عن إمكانية أو عدم إمكانية توجيه اليمين بهذه الصفـة فذلك محـل خلاف فقهـي أحاول أن ألخصه فيما يلـي :

أولا الرأى في القانون الفرنسي والمصرى القديـم (قبل صدور قانون الاثبات لسنـة 1968) والفقـه والقضـاء فيهما أنه لا يمكن توجيـه اليمين الحاسمـة من بـاب الاحتيـاط على أساس أن موجههـا يتنازل عمـا عداها من طـرق الاثبات.

والسبب في الأخـذ بهذا الرأى لـدى جمهـور الفقهـاء هو تكييفهـا بالصلـح الذى يستلـزم تنـازل المتصالح عن غـير اليمـين من طـرق الاثبـات. (1)

---

1) عز الدين الدناصورى ــ وحامد عبد الحميد عكاز : في التعليق على قانون الاثبات المصرى ص279 .
ــ أحمد نشأت ج 2 ص137 وما بعدها .
ــ السنهورى ج 2 من الوسيط ص 534 وما بعدها .
ــ ادوار عيد في قواعد الاثبات ج 1 ص 411 وما بعدها .
ــ سليمان مرقس ص157 وما بعدها من طرق الإثبات والإقرار واليمين. وكلهم انتقدوا الرأى الاول على اعتبار أنه لا يتماشى ومقتضيات العدالة من جهة ، ولا مع التكييف الصحيح لليمين بأنها تصرف من نوع خاص أملته ضرورات معينة من جهة أخرى .
ولكن القانون العراقي نص على هذا الرأى رغم النقد الموجه له في المادة (91) منـه على أن طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من وسائل الاثبات.

ثانيا : الرأى في الفقه والقضاء الحديث أن توجيه اليمين على سبيل الاحتياط جائز لأنّ ذلك راجع إلى كون اليمين في حد ذاتها وسيلة احتياطية للإثبات لا يلجأ اليها موجهها إلا بعد أن يستنفد ما لديه من طرق الإثبات الأخرى ،وأنه من مبادئ العدالة أن يمكن الشخص من إثبات ما يدعيه الى أن يستنفد آخر ما في جعبته وهي اليمين (1) وما يؤيد هذا الرأى سكوت القانون المصرى للإثبات على حكم هذه المسألة بما يفهم منه بطريقة ضمنية قبوله لها ، بالإضافة إلى أن هناك قوانين نصت عليها صراحة مثل القانون الألماني المادة (418 ـ 419) (2) أما عندنا في الجزائر فالأمر لا يخرج عن الأخذ بالرأى الثاني ذلك أن المشرع سلك نفس مسلك المشرع المصرى في السكوت عن الحكم وما السكوت في هذا الموضوع الا تعبير ضمني عن العمل به ،وأضم رأيي الى القائلين بامكانية توجيه اليمين من باب الاحتياط على أساس أن حرمان الخصم من هذا الحق في حد ذاته يعتبر تعسفا من المشرع الذى يحدد وسائل الاثبات مسبقا ،وكان عليه أن يطلقها حتى يتمكن الخصم من ابراز دليل لدعواه بأى طريقة ،وعليه فان مقتضيات العدالة تفرض تمكين موجه اليمين الحاسمة من هذه الرخصة مقابل القيود المفروضة عليه . وما يؤكد هذا الرأى ما قرره المجلس الاعلى الجزائرى (بأن الحكم المطعون فيه قد غير تعسفيا طرفي النزاع المطروح ،اذا اعتمد على أن الطاعن امتنع عن أداء اليمين بضريح سيدى بهلول ،والحال أنه قبل احتياطيا أدائها إذا ما بدا أن ذلك لازما بالأخص) . (3)

---

1) لقد أخذ بالرأى الثاني في جمهور الفقهاء المحدثين وكذلك القضاء أنظر
ـ السنهورى في الوسيط الجزء الثاني ص535 ـ 536 .
ـ أنور سلطان قواعد الاثبات ص201 .
ـ مرقس في الاقرار واليمين ص 159 ـ 160 .
ـ ادوار عيد في قواعد الاثبات ج 1 ص 415 .
ـ أحمد نشأت في رسالة الاثبات ج 2 ص138 .
ـ بن عز الدين الناصورى وحامد عبد المجيد عكاز في التعليق على قانون الاثبات المصرى ص279 وفي فرنسا جورس كلاسور 1979 .العقود والالتزامات ص

2) سليمان مرقس الاقرار واليمين ص156 هامش 1 .والسنهورى في الوسيط ج 2 ص537 هامش وقد ورد فيه نص المادة الألمانية (418) بأن اليمين الحاسمة اذا وجهت على سبيل الاحتياط مع أدلة أخرى لا يكلف الخصم بحلفها الا عند عدم نجاح هذه الأدلة .

3) قرار 8 جانفي 1969 . منشور مجموعة الأحكام لوزارة العدل ص 128ـ129 .

المطلب الثاني

المجال الموضوعي لليمين الحاسمة

لقد نصت المادة 344 من ق م ج على أنه " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ، ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت اليه اليمين ، فان كانت غير شخصية له قامت على مجرد علمه بها ، ويجوز توجيه اليمين الحاسمة في أى حالة كانت عليها الدعوى " ٠ (1)

أول ما يستخلص من هذه المادة بالمقارنة مع المواد المذكورة أدناه هو قصورها عن الفقرة التي أضافها المشرع المصرى والخاصة بتوجيه اليمين الحاسمة من طرف الموصي والقيم ووكيل الغائب فيما يمكنهم التصرف فيه وذلك حسما للخلافات القائمة بشأن هذه المسألة الهامة وحبذا لو تضاف الى قانوننا ٠ وأن ما تتميز به المواد اللبنانية ، والمادة التونسية من الوضوح بشأن تحديد النطاق الموضوعي لليمين الحاسمة يفوق غيرها من المواد ومنها المادة 344 ق م ج ٠

---

1) هذه المادة تقابلها المادة 115 من قانون الاثبات المصرى باضافة فقرة ثالثة تجيز للموصي والقيم والوكيل بتوجيه اليمين الحاسمة بنصها "ويجوز للوصي أو القيم أو وكيل الغائب أن يوجه اليمين الحاسمة فيما يجوز له التصرف فيه" ٠كما تقابلها المادة 114 من قانون البينات السورى (وهي مطابقة حكما للمادة 344 ق م ج) ٠

ـ أما في قانون أصول المحاكمات اللبنانية فتقابلها المادتان : (229، 230) إذ نصت المادة 2/229 "ولا يجوز الاستحلاف على فعل جرمي أو مناف للنظام العام ولا على عقد يوجب القانون لصحته سندا خطيا ولا على انكار واقعة يفيد صك رسمي حصولها بحضور المأمور الرسمي الذى قبل العقد) ٠

ـ وتنص المادة 230 منه على أنه "لا يجوز الاستحلاف إلا على واقعة شخصية مختصة بالفريق الذى يكلف باليمين ، أو علمه بأية واقعة أخرى ٠)

ويلاحظ أن الاحكام متطابقة في اللبناني والجزائرى ، وفي القانون التونسي نصت المادة 500 التزامات وعقود تونسي على أنه لا يجوز توجيه اليمين في الصور الآتية :

1 ـ اذا كانت يمين تهمة أو أراد المتهم توجيهها على الطالب ٠

2 ـ لثبوت معاملة يوجب القانون أن يكون ثبوتها بحجة رسمية أو بالتسجيل ٠

ـ وتقابلها في القانون المدني الفرنسي م 1359 بنصها "ولا يجوز توجيهها الا على واقعة تتعلق بشخص من وجهت اليه اليمين " ٠

ART.1359/ : Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la personne à la partie laquelle on le défére.

كما تقابلها المادة 2/311 من مشروع القانون الفرنسي الايطالي وهي مطابقة للنص اللبناني 2/229 ٠

وتحديد مجال اليمين الحاسمة طبقا للمادة 344 ق م ج لا يقيد الا من ناحيتين •

1ـ ألا تنصب اليمين على واقعة مخالفة لقواعد النظام العام والآداب•

2ـ أن تنصب اليمين على واقعة متعلقة بشخص الخصم الذى وجهت له •وعليه يمكن توجيه اليمين الحاسمة بخصوص أي واقعة محل نزاع مدنية كانت أم تجارية أم إجتماعية •

المهم أن تنصب على الجانب المالي ولا يهم بعد ذلك طبيعة النزاع أو موضوعه أو مقداره فسواء تعلقت الخصومة بالمنقولات أو العقارات أو الحقوق الشخصية أو العينية ســواء تجاوز نصا بها ما يمكن اثباته بالكتابة (1000 دج م 333 ق م ج) أو أقل عنه •

وتوجيه اليمين بشأن المواضيع المذكورة مقيدا بالنظام العام في الإثبات، بمعنى أنـــه لا يجوز توجيهها في كل ما استوجب القانون أن يكون إثباته بطريقة معينة من طـــرق الاثبات الاخرى دون سواها • كالاثبات بالكتابة الرسميـة لأن الرسمية في غالـــب الأحيان تشكل شرطا أساسيا في بعض التصرفات مثل عقد الشركة م 418 ق م ج وعقـد الرهن الرسمي م 883 ق م ج • والكتابة الرسمية لا يجوز الطعن فيها الا بالتزوير •

ومن مخالفة النظام العام أيضا أن توجه اليمين فيما يخالف قرينة قانونية قاطعة مثـــل قرينة التقادم المسقط المنصوص عليها في المادة 308 ق م ج أو التقادم المكسب لمدة 15 سنة المنصوص عليه في المادة 827 ق م ج •

كذلك من مخالفة قواعد النظام العام توجيه اليمين فيما يخالف ما ثبت بحكم حاز قـــوة الشيء المقضى به طبقا للمادة 338 ق م ج •وكذا في غيرها من القرائن القانونية التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها • (1)

أما القرائن القانونية غير القطعية فهي لا تتعلق بالنظام العام •ومن ثم يمكن توجيـــه اليمين الحاسمة بشأنها •وهذا يدل على أنه من باب أولى يمكن توجيه هذه اليمـــين • في بقيـــة القرائن القضائية البسيطة لأنها أبعد ما تكون عن النظام العام •

ومن المسائل المتفق عليها فقها وقضاءا عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة في المنازعات الجزائية لتعلقها بالنظام العام •بل وأكثر من هذا لقد امتد نفس الرأى ليشمـــل المسائل المدنية المنظورة أمام المحاكم الجزائية • (2)

---

1) سليمان مرقس الإقرار واليمين ص 132 ـ أحمد نشأت ج 2 ص 124 •
ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى ج 3 ص 415 •
2) السنهورى الوسيط ج 2 ص 541 ـ 543 ـ ادوار عيد قواعد الإثبات ج 1 ص 422
ـ أنور سلطان قواعد الإثبات ص 199 •

لأنّ ذلك سيؤدى حتما الى ثبوت التهمة على المتهم . سواء وجهت اليه اليمين ونكل عنها ، أو وجهت إلى المدعي المدني وحلفها ، ومن غير المعقول أن يرضى أيهما بالآخر خصماً وحكماً في نفس الوقت، لذلك رفعت مسألة الاتهام الى قواعد النظام العام ، أما اليمين التي يؤديها المتهم أمام القاضي الجنائي ، فهي بمثابة اليمين التي يؤديها الشهود فقط، ولا تمت الى اليمين الحاسمة أو المتممة بصلة . واليمين الحاسمة لا يجوز أن تنصب على الوقائع التي لا يشترك فيها الخصم الذى توجه اليه لأنها تتعلق بذمته ، ولأنّ حلفه ونكوله يكون على البتات (القيام بالفعل أو عدم القيام به) ومن ثم فلا توجه اليمين إلى شخص على أن وكيله أو ممثله قبض الدين أو لم يقبض كما لا توجه إلى ورثة الدائن على أنه قبض أو لم يقبض ، وإنما يمكن أن توجه إلى هؤلاء يمين العلم أو عدم العلم بوقوع هذه الافعال أو عدم وقوعها ، وبما أن اليمين شخصية في أدائها ، فلا يمكن اعطاء توكيل لتأديتها طبقاً للقاعدة المشهورة إنه " يجوز التوكيل في الاستحلاف فلا يجوز في الحلف " .

وبهذا التحديد الوجيز لمجال اليمين الحاسمة من الناحيتين الزمنية والموضوعية أنتقل إلى الكلام عن شروطها .

المبحث الثالث

شروط توجيه اليمين الحاسمة

CONDITION DE DELATION DE SERMENT

لقد عرفنا بأن اليمين الحاسمة ملك للخصم يوجهها أو يستغنى عنها ، وأن القاضي لا يتدخل بشأنها الا بعد أن يعلن موجهها عن رغبته في الاستدلال بها ولا يكون تدخله إلا لمراقبة مدى توافر الشروط التي يتطلبها القانون لصحتها . وقد عرفنا أيضاً في التكييف أن هذه اليمين تعتبر تصرف إرادى ، وهي بهذه الصفة تستوجب توافر الأهلية اللازمة لهذا التصرف وخلو هذه الأهلية من عوارضها ، كما يستوجب ذلك أن تكون هذه الارادة خالية من العيوب ، وأن توجه اليمين كأي تصرف يمكن أن يتم عن طريق النيابة ، وإن كان يخضع في ذلك لأحكام خاصة .

وشروط الإرادة هذه تسرى على طرفي اليمين . بالاضافة إلى شروط موضوعية تتعلق باليمين في حد ذاتها . وسوف أورد فيما يلي هذه الشروط مبتدئاً . بالتي تتعلق بالطرف الذى يوجه اليمين .

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بموجه اليمين

CONDITIONS SE RAPPORTANT A LA PARTIE QUI DEFERE LE SERMENT

لقد نصت المادة 343 ق م ج على أنه " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين اذا كان الخصم متعسفا في ذلك. (1)

من المادة المذكورة والمواد المقابلة لها يتضح لنا أن توجيه اليمين قد يقع من كلا الخصمين على حد سواء مدعيا كان أو مدعى عليه، فمن كان مدعيا يوجهها لاثبات مزاعمه خلافا للأصل أو خلافا للظاهر أصلا ومن كان مدعيا عليه يوجهها لدفع ما هو ثابت عرضا أو فرضا، وفي كلتا الحالتين لابد أن يكون لموجهها أهلية التصرف في الحق الذى يريد أن يوجه اليمين بشأنه، وبغير ذلك يكون تصرفه واقعا تحت طائلة البطلان.

الفرع الأول : الأهلية.

يشترط في موجه اليمين أن يبلغ 19 سنة من العمر (المادة 40 ق م ج) [2] وهذا تماشيا مع رأى بعض الفقهاء الذين يشترطون أهلية التبرع [3] لتوجيه اليمين وحجتهم في ذلك مؤسسة على التكييف التقليدى لليمين بأنها صلح، وأن الصلح يتضمن التنازل عن بعض الحقوق، والتنازل لا يختلف عن التبرع، وهو رأى مهجور.

---

1) هذه المادة تقابلها المادة 114 من قانون الاثبات المصرى، وهي مطابقة لها تماما، وفي القانون المدني العراقي تتطابق المادة 417 منه مع المادة الجزائرية مع تغيير طفيف في سلطة القاضي في الرقابة على توجيه اليمين. وتقابلها أيضا المادتان 228 ـ 229 في أصول المحاكمات اللبنانية. وهما مادتان مشتقتان من القانون المدني الفرنسي وبالضبط من المادتان 1357 و 1358 حيث الأولى تنص على أن "اليمين القضائية نوعان :

ا ـ يمين يوجهها الخصم الى خصمه ليجعل الحكم في القضية موقوفا عليها وهذه هي اليمين الحاسمة".

ب ـ يمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه الى أى من الخصمين.

والثانية 1358 بنصها "توجه اليمين الحاسمة في كل خصومة أيا كان نوعها".

ART.1357: Le serment judiciaire est de deux éspèces :
1° - Celui qu'une partie défére à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause, il est appelé décisoire.
2° - Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties.

ART.1358 : Le serment décisoire peut être déféré sur quelques éspèces de constestation que ce soit.

2) المادة 40 ق م ج تنص : كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة.

3) السنهورى في الوجيز ص 690، وسنرى أنه عدل عن هذا الرأى في الوسيط.

أما الرأى في الفقه الحديث فانه يشترط أهلية التصرف فقط [1] ومن ثم للمميز المسترشد أن يوجه اليمين بشأن ما يمكنه التصرف فيه من حقوقه وهو في الجزائر من بلغ بين 16 و19 سنة (المادتان 42ـ 43 ق م ج) وهذا الرأى مؤسس على التكييف الحديث لليمين الحاسمة بأنها تصرف إرادى كما ذكرنا • أما فاقد الأهلية (الصغير والمجنون) وناقصها (السفيه والمعتوه) فإن توجيه اليمين في حقوقهم لا يكون إلا عن طريق النيابة الخاصة لمن ينوب عنهم •

الـفـرع الـثـانـي

الـنـيـابـة فـي تـوجـيـه الـيـمـين

اذا كانت النيابة في يد الولي فانه يملك التصرف في كل أو جزء من أموال قاصره تبعا لأحكام الشريعة الاسلامية • وباذن من المحكمة لدى بعض القوانين • أما سلطة الوصي والقيم ووكيل الغائب فهي مقيدة بحدود الحقوق التي يمكنهم التصرف فيها بحكم الوصية أو القوامة أو الوكالة • وهذا حكم الفقرة 2 من المادة 115 من قانون الاثبات المصرى ، وهي فقرة مستحدثة فيه ولا مثيل لها في القانون المدني الجزائرى ولا الفرنسي ولا اللبناني • وحبذا لو نص عليها في القانون المدني الجزائرى حتى يتمكن القصر من الاستفادة بالاستدلال باليمين الحاسمة بدون الرجوع الى الوكالة الخاصة التي نص عليها في المادة 574/ 1 القانون المدني الجزائرى التي تنص على أنه ("لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الادارة لا سيما في البيع، والرهن ، والتبرع، والصلح والاقرار، والتحكيم ، وتوجيه اليمين والمرافعة أمام المحاكم • • •) ومن ثم فلا مناص من القول بأنه في الجزائر لابد من وكالة خاصة ينص فيها على الترخيص بتوجيه اليمين من طرف الوكيل ، وأن الوكالة العامة لا تمكن من ذلك • [2]

---

1) حسنين محمد في نظرية الحق (الاشخاص والأموال والاثبات) ص 329•
ـ سليمان مرقس من طرق الاثبات الاقرار اليمين ص 123•
ـ أنور سلطان قواعد الاثبات ص 196•
ـ السنهورى الوسيط ج 2 ص 521ـ 522•
ـ ادوار عيد قواعد الاثبات ج 1 ص398•
ـ يحيى بكوش أدلة الاثبات في ق م ج ص 309•
2) السنهورى الوسيط ج 2 ص523•
نفس المعنى ، سليمان مرقس الاقرار اليمين ص 124•

ولا يشترط في التوكيل أن يعين الموضوع الذى يوجه فيه الوكيل يوجه خاص بل تكفي الاشارة إلى الترخيص للوكيل بتوجيه اليمين بشأن حقوق الموكل حسب رأى الفقه الحديث (1) ،أما بالنسبة للوصي والقيم فان توجيه اليمين في حقوق من يمثلانهم لا يتعدى الرخصة المعطاة لهم وهي الادارة ،فلا يمكنها توجيه اليمين إلا بشأن ادارة هذه الأعمال دون التجاوز الى التصرف فيها (2) ،وشرط توافر الأهلية أو الولاية فيهما يجب أن يستمرا من وقت توجيه اليمين إلى وقت حلفها ،وإلا كان توجيه اليمين باطلا .(3)

الفرع الثالث

عيوب الإرادة وتوجيه اليمين

ويجب أن تتحقق سلامة إرادة موجه اليمين من عيوب الغلط والتدليس والاكراه والتواطؤ أو الصورية . فالغلط يمكن أن ينصبّ على غلط في الواقع أو غلط في القانون (4) فالغلط في الواقع كأن يوهمه خصمه بأن لا طريقة لاثبات حقه إلا توجيه اليمين ،وكأن يخفي عنه مستندات في حوزته تصلح للإستدلال بحقه ،أما الغلط في القانون فهو أن يوهم شخص آخر على أنه لا طريقة أمامه للاستدلال إلا توجيه اليمين ،ثم يتضح لموجهها فيما بعد أن أمامه طرق عديدة لأثبات حقه وإن كان الغلط في القانون يعترضه صعوبة الاثبات لأنه يتعارض وقاعدة " لاعذر بجهل القانون " ،وقد يكون توجيه اليمين نتيجة لإستعمال الخصم لطرق إحتيالية أوهمت موجه اليمين ألا طريقة للحصول على حقه غير اليمين ،وأيضا قد يصحب توجيه اليمين إكراه مادى ،أو معنوى ،من الخصم ،سواء ظهر ذلك خارج مجلس القضاء أو أثناءه ،ويقول أستاذنا السنهورى بأنه لا يعتبر إكراها أن يجد الشخص نفسه مجرداً من أى دليل لاثبات حقه فيضطر إلى توجيه اليمين ثم يحصل من بعد ذلك على دليل .(3)

---

1) ادوارعيد قواعد الاثبات ج 1 ص399 ،السنهورى الوسيط 2 ص 523 .

2) السنهورى في الوسيط ج 2 ص523 .

3) سليمان مرقس في الاثبات بالإقرار واليمين ص124 .

4) السنهورى الوسيط ج 2 نفس الصفحة السابقة ،ادوارعيد نفس المرجع والصفحة المذكورة أعلاه .

5) نفس المرجع ،للسنهورى ونفس الصفحة .

كما يضيف الأستاذ مرقس ألا عبرة بتوجيه اليمين حالة فقد الوعي كسكر أو تخدير أو تنويم (1) وسواء وقع موجه اليمين في غلط أو تدليس أو إكراه فان من حقه أن يطلب إبطال تصرفه هذا نتيجة لوقوعه في هذه العيوب المبطلة للتصرفات، وحقه في طلب البطلان يبدأ من تاريخ إكتشاف الغلط والتدليس وفي الإكراه من تاريخ أول سبب للإكراه ويستمر إلى ما قبل حلف الخصم لليمين، ويمتد حتى إلى ما بعد الحلف اذا تأخر الكشف عن العيوب عن النطق بالحكم . كما قد يحصل أيضا أن يقع توجيه اليمين وحلفها والنكول عنها نتيجة تواطؤ بين الخصمين بقصد الاضرار بحقوق الغير وبذلك يكون اتفاقهم الصوري على توجيه اليمين يخفي من ورائه نوايا سيئة تهدف الى الاضرار بالغير باتفاق حقيقي باطني فيما بينهما، والتصرف على هذا المنوال يؤهل الغير بأن يطعن بالاعتراض عن الحكم الصادر في تصرفات مدينهم أو شركائهم أو خلفائهم، كما يجوز لهم أن يتدخلوا في الدعوى وقت سيرها أمام المحكمة لابطال التصرفات الصورية وارجاع الحالة الى ما كانت عليها (2)

---

1) سليمان مرقس الاقرار واليمين ص 125.
2) ادوار عيد ، في قواعد الاثبات ج 2 ص 400.
السنهوري ج 2 ص 524.

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بالطرف الذى توجه اليه اليمين

CONDITIONS SE RAPPORTANT A LA PARTIE A QUI LE SERMENT EST DEFERE

لقد نصت المادة 343 من ق م ج على أنه " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر ... "

الفرع الأول

أن يكونا طرفا في النزاع

فالمادة واضحة بأن أى من الخصمين يمكن أن توجه له اليمين الحاسمة سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، وعلى العموم فهي توجه الى المنكر منها [1] فالمدعى عندما يقع عليه عبء الاثبات عن ما زعمه فانه يتوجب عليه أن يقيم على ذلك دليلا وإن عجز عن تقديم الدليل فله من الأدلة اليمين الذى يمكن أن يوجهها إلى المدعى عليه للإحتكام إلى ذمته.
وكذلك المدعى عليه إذا ألقي عليه عبء الاثبات يمكن أن يوجه نفس اليمين إلى المدعى بعد أن عجز عن إثبات دفعه، ولمن وجهت إليه اليمين منهما أن يردها على صاحبها إن شاء. وكقاعدة عامة فإن اليمين الحاسمة توجه إلى من له حق المطالبة بالاثبات.
وهي بهذا الشكل تقلب عبء الاثبات فبعد أن كان على المدعي ينقلب إلى المدعى عليه وبذلك يزيد كاهله ثقلا. فبعد أن كان معفى من الإثبات يصبح مكلفا بأن يتصرف بالحلف أو النكول، أو الرد.
وعلى نوع تصرفه يترتب ربحه أو خسارته للدعوى أو القضية.

1) السنهوري الوسيط ج 2 ص 529.
يحيى بكوش في أدلة الاثبات في ق م ج ص 312.
مرقس في الاقرار واليمين ص 125 وحكم محكمة النقض المصرية الذى أشار اليه في الهامش 4 من الصفحة المذكورة (لا يجوز الالتجاء إلى اليمين إلا عند الإنكار فاذا أقر الخصم بالجلسة تخالص مورثه عن الدين، فانه لا يجوز توجيه اليمين اليه عن الواقعة التي أقربها، وإلا كانت اليمين باطلة ويكون الحكم الذى يترتب على نتيجة حلفها باطلا أيضا ومستوجبا نقضه) نقض مدني 12 أبريل 1962 المحامات 43 _ 548 _ 305).

الفرع الثاني

أن توجه له شخصيا

اذن فاليمين الحاسمة شخصية فلا توجه الا الى شخص أصلي في الخصام ، ويترتب على ذلك أن لا توجه الى الممثل ، وصيا كان أو وكيلا ، أو محامي . ذلك هو الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي . (1)

وبناء على ذلك اذا رفع الدائن باسم مدينة دعوى الدين على مدين مدينة فلا يجوز للمدعى عليه أن يوجه اليمين الحاسمة الى دائن الدائن لانه ليس نائبا عنه وليس خصما أصليا في الدعوى . (2)

بل يجب توجيه تلك اليمين الى مدين المدين أو دائن المدعى عليه بعد ادخاله في الدعوى والسبب في ذلك هو أن توجيه اليمين وحلفها من المسائل الشخصية المتعلقة بذات المدين أو ذات الدائن أصحاب العلاقة المراد اثباتها ، وهذا تطبيقا للمادة 189 من ق م ج ، واليمين توجه شخصيا لا عن طريق وكيل أو محام لأن هؤلاء ليست لهم أهلية الحلف أو الرد ولا النكول .

الفرع الثالث

النيابة وأداء اليمين

القاعدة أن النيابة اذا كانت لا تجوز في أداء الحلف فانها جوازية في التوجيه . (3)

وما دمنا بصدد الكلام عن النيابة على من توجه اليهم اليمين فالسؤال المطروح هو مدى امكانية توجيه اليمين الى ممثل الشخص المعنوي ؟ لقد اختلفت الآراء في الاجابة عن هذا الجانب .

فهناك من يرى امكانية توجيه اليمين الحاسمة الى ممثلي الأشخاص المعنوية شريطة أن تكون الوقائع المراد تحليفهم عنها وقعت من الممثل نفسه . (4)

---

1) جون فانسان (Jean VINCENT) دالوز ـ الاجراءات المدنية ـ ص 943 ، فقرة 736 طبعة 19 عام 1978 .
ـ كذلك كولان وكابتان (COLIN et CAPITANT) Precis de Droit Civil , Tome II
9° Edition Paris, Librairie DALOZ 1960.

2) السنهوري الوسيط ج 2 ص 529 .
ـ سليمان مرقس في الاقرار واليمين ص 126 .
ـ ادوار عيد في قواعد الاثبات ج 1 ص 405 .

3) السنهوري الوسيط ج 2 ص 531 . ـ سليمان مرقس في الاقرار واليمين ص 127 .
وقد نصت على هذه القاعدة المادة 473 ق م عراقي بقولها "تجرى النيابة في التحليف ولكن لا تجرى في اليمين" .

4) ادوار عيد في المرجع المذكور ص 406 وكذلك ما أشرنا اليه سابقا لنفس الأستاذ

وهناك من يرى العكس أي عدم توجيه اليمين الحاسمة الى ممثلي الأشخاص المعنوية لأن ذلك يتعارض ومبدأ "شخصية اليمين الحاسمة" ومن ثم لا يمكن توجيهها لغير من وقعت منه الواقعة. (1)

وهناك من يرى إمكانية توجيهها إلى هؤلاء شريطة أن يكونوا مالكين لتفويض يؤهلهم لذلك. (2)

وعلى أي حال فإن حرمان الشخص المعنوي من توجيه هذه اليمين مع تمكنه من جميع حقوق التقاضي الاخرى فيه إجحاف في حقه. لذلك أرى مع المجيزين لتوجيه هذه اليمين إلى ممثلي الشخص المعنوي شريطة أن يكون لديهم تفويض خاص بذلك طبقا للمادة 574 من ق م ج. (3)

---

1) سليمان مرقس عند اشارته لتميز عراقي في ص128 من كتابه الاقرار واليمين حيث جاء فيه "ان وزير المالية ينوب في المحافظة عن الدولة وهي شخص معنوي لا يجوز أن يحلف شخص بالنيابة عمن يقوم مقامه لأن النيابة تجرى في الاستحلاف ولا تجرى في الحلف وأنه لا عبرة بالقول بتوجيه اليمين الى الوصي أو القيم لأن ذلك يقتصر على الاعمال التي صدرت منهم شخصيا أو أعمال الادارة التي يملكونها" (تميز عراقي في 26.09.1966 رقم 66/2/580، كذلك تميز عراقي جاء فيه "ان اليمين يجب أن يوجه الى مدراء الشركات على نفس دعوى المدعي لأن تكون على عدم علم هؤلاء المديرين" قرار رقم 2437 ليوم 27.04.1955 نبذ 1222 من مجموعة المبادئ القضائية) القسم المدني عبد الرحمن العلام ص377.

2) يحيى بكوش في أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري ص 301.

3) تنص المادة 574 من القانون المدني الجزائري على "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الادارة لا سيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء..."

الفرع الرابع

الأهلية في أداء اليمين

وكما سبق أن أشرنا بصدد موجه اليمين فيما يخص الأهلية فان نفس الأهلية ونفس الشروط تنطبق على من توجه اليه اليمين .

فلا بد أن يكون ذا أهلية التصرف في حقوقه التي وجهت له اليمين بشأنها وأن تكون هذه الأهلية خالية من عيوب الادارة من غلط وتدليس واكراه ، وأن يكون التصرف خاليا من الصورية . وترتيبا على ما سبق لا يجوز أن توجه اليمين الى غير المميز ولا الى المجنون ولا المعتوه ولا لسفيه أى لا يمكن توجيهها الى القصر بصفة عامة . (1)

وقد نصت على ذلك المادة 64 من قاامج بشأن الشهود على أنه " يجوز سماع القصر الذين لم يتموا 15 سنة دون حلفهم اليمين ، أما الأشخاص فاقدوا الأهلية للشهادة أمام القضاء فلا يحلفون اليمين انما تسمع شهادتهم على سبيل الاستدلال وكذلك المادة 66 منه (2)

أما توجيه اليمين الى من يمثلهم كالولي والوصي والقيم والوكيل .

فان المشرع الجزائرى سكت بشأنهم على خلاف المشرع المصرى الذى خصهم بفقرة في المادة 115 من قانون الاثبات حيث جاء فيها " ويجوز للوصي أو القيم أو لوكيل الغائب أن يوجه اليمين الحاسمة فيما يجوز له التصرف فيه " .

وهي مقابلة للمادة 344 ق م ج غير أن الأخيرة خالية من هذه الفقرة . وحبذا لو نص عليها المشرع الجزائرى أيضا حسما للخلافات الفقهية بشأن النيابة في اليمين وعلى أية حال فسوف تبقى لدينا في الجزائر النيابة العادية غير كافية لتوجيه أو استقبال اليمين ما لم تكن مرفقة بتوكيل خاص وفقا لما نصت عليه المادة 574 من ق م ج . ومع ذلك كله فان هذه اليمين الموجهة ستبقى تصرفا قابلا للابطال متى تخلف أى بند من بنود الوكالة . (3)

---

1) قرار محكمة تمييز العراق رقم 239 بتاريخ 17 . 03 . 1953 .
" لا توجه اليمين الى الصغار أو أوليائهم عند عجز خصومهم عن اثبات مدعياتهم " منشور في المبادئ القضائية القسم المدني لعبد الرحمن العلام ص 378 ، 1957 .

2) تنص المادة 66 من ق ا م ج على " القصر الذين لم يتموا الثامنة عشر لا تسمع شهادتهم الا على سبيل الاستدلال ... "
وتقابلها المادتان 228 و 229 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائرية حيث أن السن القانونية للاعتداد بحلف اليمين قدرت بـ : 16 سنة .

3) سليمان مرقس في الاقرار واليمين ص 130 .

والأهلية المشترطة هنا يجب أن تكون مستمرة من وقت توجيه اليمين إلى قبولها وحلفهـــا فاذا طرأ عليها طارئ قبل الحلف أعتبر توجيههـــا وقبولها باطلا لأنّ العبرة فـــي النهاية بنتيجة اليمين سواء أديت أم ردت أو نكل عنها، لكي يُحسم النزاع أما اذا مـــات من وجهت له أو من وجهها قبل الحلف أو أصيب أحدهما أو كلاهما بجنون فلا عـــبرة للتوجيه السالف لأنّ النتيجة المرجوة لم تحقق، وكذلك لا توجه اليمين الحاسمة الـــى المتهم جنائيـــا من المدعى المدني ولا من المدعى المدني الى المتهم، لأنّ ذلـــك يخالف قواعـــد النظام العام لأنّه اذا وجهها المدعى المدني إلى المتهم ونكل تثبـــت إدانته بهذا النكـــول ، وهذا يعتبر بمثابـــة إقرار منه، لذلك اتفق جمهور الفقهـــاء وجانب كبير من القضاء على عـــدم جواز توجيه اليمـــين الحاسمة بشأن ما يتعلـــق بالمسائل الجزائية ٠ (1)

وإن كان هناك اجتهاد قضائـــي لا يمانـــع في توجيهها في هذه المسائل استنـــادا إلى أن المطلوب تحليفـــه إن كان بريئـــا حلف اليمين وإلا فهو ليس أهلا للرعاية ٠ (2) أما ما يوجـــه إلى المجني عليه عـــادة من يمين في الدعـــاوى العموميـــة فليس ذلـــك إلا من قبـــل يمـــين الشهـــود ، إذ يجب عليه حلفها ولا يمكن أن يردها ٠ (3)

---

1) السنهوري التعليق على الاجتهادات القضائية في الصفحات 542 و 543 من الوسيط ج2 ادوار عيد في قواعد الاثبات ج 1 ص422٠
أنور سلطان ، قواعد الاثبات ص199٠
2) سليمان مرقس في الاقرار واليمين ص131 هامش3-
3) سليمان مرقس في الاقرار واليمين ص 132٠
يحيى بكوش في أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري — ص 311٠

المطلب الثالث

الشروط المتعلقة باليمين ذاتها

CONDITIONS SE RAPPORTANT AU SERMENT LUI MEME

بعد أن قدمنا الشروط المتعلقة بطرفي اليمين ،نحاول أن نقدم شروطها الموضوعية ٠

لقد نصت المادة 344 من ق م ج على أنه " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ،ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت اليه اليمين ،فان كانت غير شخصية له قامت على مجرد علمه بها ٠ ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة عليها الدعوى " (1) ،كما نصت المادة 61 من قانون الاجراءات المدنية على أنه "يجوز الأمر بالتحقيق لاثبات الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود والتي يكون التحقيق فيها جائزا ومنتجا في الدعوى" ٠

من المادتين يتضح أن اليمين كدليل للاثبات يشترط فيها أن تنصب على واقعة قانونية ،وألا تكون تلك الواقعة مخالفة لقواعد النظام العام والآداب،وأن تكون جائزة الاثبات وأن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها أو حاسمة لها ٠ وسوف أتناول كل هذه الشروط ببعض من التفصيل ٠

---

1) تقابلها المادة 115 من قانون الاثبات المصرى بزيادة فقرة ثالثة نحوه للوصي والقيم والوكيل أن يوجهوا اليمين فيما يملكهم التصرف فيه ٠ والبقية مطابقة تماما للمادة الجزائرية ـ وتقابلها في قانون الأصول المحاكمات اللبنانية المادة 2/229 بنصها " ولا يجوز الاستحلاف على فعل جرمي أو مناف للنظام العام ،ولا على عقد يوجب القانون لصحته سندا خطيا ولا على انكار واقعة يفيد صك رسمي حصولها بحضور المأمور الرسمي الذى قبل العقد " ٠ والمادة 230 بنصها " ولا يجوز الاستحلاف الا على واقعة شخصية مختصة بالفريق الذى يكلف باليمين ،أو علمه بأية واقعة أخرى" ٠ كما تقابلها أيضا المادة 472 ق م عراقي بنصها " الا أنه يجوز توجيهها في واقعة تتعلق بشخص من وجهت له اليمين " أما المادة الفرنسية المقابلة فهي المادة 1359 بنصها "ولا يجوز توجيهها إلا على واقعة تتعلق بشخص من وجهت له اليمين " ٠

ART.1359/ : " Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la personne à la partie laquelle on le déféré".

الفـــــرع الأول

أن ينصب الاثبات باليمين على واقعة قانونيـة

إن أدلة الإثبات بصفة عامة (منها اليمين) تنصب على إثبات الوقائع القانونية سواء كانـت وقائع مادية أو تصرفات قانونية، ولا تنصب على الأحكام القانونية لأن هذه معروفة مسبقـا لدى القاضي ولا يحتاج إلى إثباتها من طرف الخصم وعليه اذا انصبت اليمين على إثبات تواجد مادة قانونية أو عرف قانوني (1) أو حتى قانون أجنبي حسب بعض الآراء فأنها تعتبر لاغية ولا عبرة لها . أما بعض الآراء فان التمسك بتشريع أجنبي لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها . (2) وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى أنه يتعين أن ترد اليمين على واقعة قانونية لا على مسألة من مسائل القانون ذلك أن استخلاص الآثار القانونية التي ترتبت على الوقائع من شأن القاضي . (3)

الفـــرع الثانـــي

ألا تكون الواقعة محل اليمين مخالفة لقواعد النظام العام والآداب

يجب ألا تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين مخالفة لقواعد النظام العام والآداب ، وقواعد النظام العام كثيرة ومتنوعة ، ويمكن إجمال القول في شأنها بأنه لا يمكن قبول توجيـه اليمين الحاسمة فيما يحرمه القانون أو يمنع ارتكابه ، وفيما لا يجيز اثباته إلا بطريقة خاصـة كالكتابة ولا فيما يمكن أن يمس بالقواعد المتعلقة بحرية الأفراد كالوقائع الاجرامية ، ولا فيما يتعلق ببعض المسائل في الأحوال الشخصية كالنسب . وقد جاء في مجموعة الأعمـــال التحضيرية للقانون المدني المصرى بهذا الصدد "فلا يجوز مثلا توجيه اليمين بشـــأن

---

1)قرار المجلس الأعلى الجزائرى الذى جاء فيه "أن القرار المطعون فيه بالمصادق على اليمين التي أداها المدعي عليه في الطعن بالنقض بدون مساعدة شخصين من أهله خلافا لما جرى عليه العرف القبائلي قد طبق السنة والقانون الذى يجب اعتبارها قبل مراعـاة العرف" القرار رقم 11998 بتاريخ 23.03.1977 غير منشور. وأيضا يراجع بهـــذا الشأن صـ الاثبات في الفصل التمهيدى من هذا البحث.

2)حسنين محمد مطبوعة الأشخاص والأموال والاثبات (نظرية الحق) ص298 .

3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء 3 ص 449 .

واقعة جنائية فاليمين قاصرة على المنازعات المدنية ولا تقبل قط في المسائل الجنائيــة ولا فيما يتعلق بالدعوى المدنية وقد أقر الفقه الاستثناءات التالية ولم يجز توجيه اليمين :

ا _ لاقامة الدليل على تصرف يشترط لوجوده شكلا خاصا ، لان الكتابة لا تكون في هذه الحالة دليلا فحسب بل تكون شرطا من شروط الصحة .

ب _ للمنازعة في البيانات التي يلحق بها وصف الرسمية في محرر رسمي _ لان الدليل العكسي لا يقام الا عن طريق الطعن بالتزوير .

جـ _ لنقض دلالة قرنية قانونية مؤسسة على النظام العام (1) وقواعد النظام العام والآداب متنوعة ولا يقبل توجيه اليمين في إثباتها ، وفيما يلي نظرة عنها :

ا) اليمين والكتابـة كدليـل .

اذا كان الاصل أن توجيه اليمين جائز في كل القراعات المالية دون التقيد بقيمتها (دون أو أكثر من 1000 دج) لانّ هذا القيد وضع للحد من قيمة الشهادة كدليل أما اليمين فهي أقوى منها وأوسع مجالا كما رأينا في المجال الموضوعي . ومن ثم ، فاليمين يمكن أن توجه بشأن ما يتطلب القانون إثباته بالكتابة العادية والعرفية ، وكذلك ما يشترط في إثباته مبدأ ثبوت بالكتابة ولا يخرج على نطاق الإثبات باليمين إلا ما يشترط القانون إثباته بالكتابة الرسمية . لانّ الرسمية في حد ذاتها عادة ما تكون شرط من شروط انعقاد التصرف ومن ثم فهي ليست مشروطة للإثبات فقط بل لصحة التصرف أيضا وبناء على ذلك يعتبر من مخالفة قواعد النظام العام أن توجيه اليمين بشأن واقعة يشترط القانون إثباتها بالكتابة الرسمية كالهبة في العقارات والرهن العقارى ومن المعلوم أن صفة الرسمية تلحق ما يقوم بتحريره الموثق عندنا في الجزائر ، وأن ما يعتبر رسميا لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير . (2)

ب _ اليمين والمنازعات الجزائيـة .

من المعلوم أن قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة بدون نص) من القواعد التي تتعلق بالنظام العام في الدولة لانها تهدف أساسا الى حماية حريات الافراد ، وتحقيق الطمأنينة ، والاستقرار لهم . كما أن الإدانة والتبرئة في الاتهام من اختصاص القضاء وحده ، وتوجيه اليمين بشأن المنازعات الجزائرية من شأنه أن يكشف عن إدانة المتهم من طرف خصمه الذى يوجهها له (حلفا ونكولا) وبالتالي يصبح موجه اليمين خصما وحكما الشيء الذى لا يتفق مع أبسط قواعد العدالة .

---

1) مجموعة الاعمال التحضيرية ق م ج 3 ص 451 _ 452 .

2) أحمد نشأت رسالة الاثبات ج 2 ص 115 _ ادوار عيد قواعد الاثبات 2 1 ص 402 سليمان مرقس الاقرار واليمين ص 135 .

لذلك تقرر في الفقه الحديث عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة فيما يعد جريمة [1] سواء من المتهم إلى المدعي المدني لأن حلف المدعي المدني سوف يشكل إدانة للمتهم، أو من المدعي المدني إلى المتهم لأن نكول المتهم يعتبر اقرارا منه بالجريمة [2] في كلتا الحالتين يعتبر اليمين مجلب الضرر للمتهم لذلك اعتبرت قواعد القانون الجزائي كلها من قواعد النظام العام التي لا يترك حرية التصرف فيها للأفراد أو الخصوم .

جـ ـ اليمين ومسائل الأحوال الشخصية .

من هذه المسائل ما يمنع القانون التصرف فيها والتنازل عنها كالتي نص عليها القانون المدني في المادة 46 ق م ج بقولها (ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية) والمادة 45 ق م ج بقولها (ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا التغيير في أحكامها) وعليه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة بشأن هذه المسائل لأنها متعلقة بالنظام العام . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة لشخص على أنه ابن فلان أو وارث أو غير وارث . ولا يجوز للطاعن في انتخاب شخص لعدم استكمال الشروط أن يوجه له اليمين على ذلك لأن وجوب توافر الشروط من قواعد النظام العام [3] ومع ذلك يجوز توجيه اليمين بالمسائل الشخصية ذات الطابع المالي . [4]

د ـ اليمين والقرينة القانونية .

من المعروف أن القرائن القانونية نوعان :

1 ـ قرائن قانونية قاطعة : وشرعت للمحافظة على الصالح العام ، ومن ثم لا يمكن اثبات عكسها .

2 ـ قرائن قانونية بسيطة : وشرعت لحماية مصالح الأفراد ومن ثم يمكن اثبات عكسها فالقرائن القانونية القاطعة لا يمكن توجيه اليمين بشأنها لأنها تتعلق بالنظام العام ومن أمثلتها البارزة قوة الشيء المحكوم فيه لأن الحكم متى أصبح نهائي (مستنفذا لجميع طرق الطعن الممكنة فيه)

---

1) نشأت ج 2 ص132 .
مرقس الاقرار واليمين ص136 .
ادوار عيد قواعد الاثبات ج 1 ص423 ، السنهوري والأحكام التي أشار اليها في الوسيط ج2 ص541 وما بعدها .
2) نشأت ج 2 ص125 .
3) نشأت ج 2 ص120 ، 121 .
4) نشأت نفس المرجع ص120 أيضا .

يصبح عنوانا لحقيقة قضائية لا يمكن الوصول إلى عكسها من طرف نفس الجهاز، وإلا اصطدمنا بتعارض الأحكام، وهذا ما يزعزع مركز القضاء والعدالة بصفة عامة. ومن أمثلتها أيضا وضع اليد للمدة الطويلة للتقادم 15 سنة فالقانون قرر أن هذه المدة كافية لأن تكون سندا للملكية فلا يجوز توجيه اليمين لمن وضع يده هذه المدة أو أكثر على تلك هذا الشيء بأي طريقة أخرى لأن ذلك يخالف النظام العام وقواعد استقرار المعاملات فيه على الخصوص، أما القرائن القانونية البسيطة والتي وضعت لحماية مصالح الأفراد فان القانون أجاز إثبات ما يعاكسها بالبينة ومنها شهادة الشهود أو اليمين، لذلك يمكن توجيه اليمين بشأن كل قضية أجاز المشرع إثبات عكسها، ومثل القرينة القانونية البسيطة ما نصت عليها المادة 329 ق م ج اذ جعلت للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية في الاثبات ما لم يثبت عكسها تحتويه بدليل آخر مثل اليمين، هذا عن القرائن القانونية أما عن القضائية التي يستنبطها القضاء من وقائع الدعوى فيمكن طعنها اثبات عكسها بجميع طرق الاثبات وبالتالي يمكن توجيه اليمين الحاسمة بشأنها دون تردد. (1)

هـ — اليمين الحاسمة والآداب العامة.

من المعروف أن قواعد النظام العام وقواعد الآداب أو الأخلاق لا تفترقان لأنهما تخدمان الصالح العام للمجتمع ومخالفة أي منهما كالاعتداء على الأخرى وبمعنى آخر فان قواعد النظام العام وقواعد الآداب يجمعها خصائص واحدة ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة لاثبات ما يخالف قواعد الآداب، فلا يجوز مثلا توجيه اليمين الحاسمة لاثبات دين قمار أو رهان فالأصل ألا يقع هذا التداين (م 612 ق م ج) (2) واذا صرح باثباته فبمعنى ذلك أن المشرع يحمي هذا التصرف المخالف للآداب العامة ومن ثم فهو يقر بتواجده ولو ضمنيا. ومن أمثلته أيضا عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة بشأن المنازعات المتعلقة بالدعارة والربا. أما في الفقه والقضاء فان الاختلاف قائم حول إمكانية توجيه اليمين بشأن هذه المواضيع وعدم الإمكانية.

---

1) نشأت رسالة الاثبات ج 2 ص 119.

2) المادة 612 ق م ج بنصها (يحضر القمار والرهان غير أن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري.)

فالذين يرون إمكانية توجيه اليمين بشأنها لا يستبعدون من الاثبات باليمين إلا ما يكون جريمة جنائية (1) ويستثنون من ذلك الربا إذ قالوا بامكانية توجيه اليمين بشأنه لأن ثبوته لا يشكل جريمة لأول مرة بل حتى يعود اليها المراب ثانية ،ويرى آخرون أنه لا مجال لتوجيه هذه اليمين لأن الشخص سوف ينكل عنها أو يحلفها كذبا فالمهم هو ألا يشهد على نفسه ما يجلب له اللوم والعقاب (2) وأهم رأيي إلى من يمنع توجيه اليمين في هذه الموضوعات لأن من يتعامل فيها لا يتورع على حلف اليمين كذبا ،وأن تمكينه من هذه الوسيلة المهمة في الاثبات سوف ينقص من أهميتها .

الفرع الثالث

أن تنصب اليمين على واقعة شخصية للموجهة اليه

لقد جاء في المادة 344 المذكورة آنفا بأنه (يجب أن تكون الواقعة التي تقع عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت اليه اليمين ،فان كانت غير شخصية له قامت على مجرد علمه بها) من هذه المادة يتضح مدى أهمية هذا الشرط في صحة توجيهه اليمين فهي تصرف مقترن بشخص من توجه اليه ،بل هي احتكام لضميره وذمته بالذات فلا يمكن أن ينوب عنه غيره ، وحتى لو تصورنا أن ينوب عنه غيره في التصرف في جزء من ذمته فمن غير المعقول أن يتصور النيابة في الضمير ،واليمين تدخل فيها كل الاعتبارات الخلقية والدينية ،لدى من توجه اليه . وعلى هذا الأساس فلا يصح توجيه اليمين من مدين المدين الى الدائن لأن الواقعة التي يراد توجيه اليمين بشأنها لم تنشأ شخصيا بين رافع الدعوى (مدين المدين) والموجه اليه اليمين (الدائن) وانما نشأت بين المدين الغائب في الدعوى والدائن ،وما مدين المدين (المدعي) الا نائبا عن المدين ،واذا أراد هنا النائب توجيه اليمين فما عليه الا أن يدخل المدين الأصلي كي يصح منه توجيه اليمين الى الدائن (3) ،وشرط تعلق الواقعة الموجه بشأنها اليمين بشخصية الموجهة اليه من الأهمية بمكان ،لأن موضوع النزاع عادة ما يكون تحت حوزته أو على ذمته وبحلفه أياها أو نكوله تحدث نتائج لا يستطيع غيره أن يقدر عواقبها مثله ،وهي بالنسبة لموجهها مجرد ادعاء من عنده وهو لم يخسر شيء عندما يمكنه القانون من نقل عبء الاثبات الملقى على عاتقه الى عاتق الطرف الثاني بواسطة توجيه اليمين .ومن هنا يتضح لنا أن اليمين شرعت لحماية مصالح المدعي لذلك اشترط فيها أن تكون شخصية بالنسبة للمدعى عليه (الموجهة اليه اليمين) ومنازعة الشخص في اليمين الموجهة

---

1) السنهوري في الوسيط ج 2 ص542 .

2) أحمد نشأت رسالة الاثبات ج 2 ص 123 و 128 .

اليه لعدم تعلقها بشخصيه لا يعتبر نكولا لنقض مصرى جاء فيه " اذا نازع الخصم في اليمين الموجه اليه بأن الواقعة المنطبق عليه اليمين لا تتعلق بشخصه فانه يتعين على المحكمة أن تفصل في منازعته وأن توجه اليه اليمين على مقتضى ما تنتهي اليه وأن تحدد له جلسة لحلفها إن رأت توجيهها إليه ولا يجوز اعتباره ناكلا قبل الفصل في هذه المنازعة " (1) .

وبما أن اليمين يجب أن تنصب على واقعة شخصية فهل يمكن التوكيل في أدائها ؟
إن التوكيل في الاداء لا يجوز أبدا لأن جواز التوكيل في اليمين جائز في توجيهها دون حلفها ، مهما كانت الأسباب الداعية إلى تغيب الخصم الموجهة اليه اليمين ، فان كان غائبا أنتظر الى أن يحضر ، كما يمكن تحليفه في البلد الذى يوجد فيه بواسطة تكليف محكمة مقر اقامته ، وإذا كان مريضا يمكن انتداب محكمة متنقلة ليؤدى أمامها اليمين وعليه فهذا الشرط جوهرى ، ولا يمكن الخروج عنه الآ في بعض الاستثناءات التي رسمها القانون والتي تخص يمين عدم العلم ، إذا لم يتحقق هذا الشرط في الواقعة موضوع النزاع كأن يكون صاحب العلاقة الاصلي قد توفي . فان اليمين في هذه الحالة توجه إلى ذويه من ورثة أو أوصياء ، وهؤلاء يحلفون على علمهم أو عدم علمهم بالواقعة فقط لأنهم لا يحلفون عن أفعال صدرت منهم بل عما صدر عن مورثهم (2) وسأرجع إلى الكلام عن يمين العلم (وعدم العلم) في آخر هذا الباب بعد أن أكتمل بقية الشروط الموضوعية لليمين الحاسمة .

---

1) أحمد سمير أبو شادى طبعة 1967 ص 52 المبدأ 82 من مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض الدائرة المدنية في 5 سنوات 1961 — 1966 .

2) السنهورى الوسيط ج 2 ص 545 — أحمد نشأت في رسالة الاثبات ج 2 ص 129 . نفس المعنى سليمان مرقس الاقرار واليمين ص 419 .

الفـــرع الرابـــع

أن تنصب اليمين على واقعة حاسمة في النـــزاع

إن تحقيق هذا الشرط يتطلب من القاضي أن يكون حريصا على تحقق النتيجة من الإثبات باليمين الحاسمة ، وهي إنقطاع الخصومة ٠

فالقاضي أثناء رقابته لصيغة اليمين يجب أن يتأكد بأنها تنصب على جوهر النزاع حتى ينحسم نهائيا ٠ وبذلك لا يأذن بتوجيهها في المسائل الهامشية كأن يوجهها المقترض الى المقرض على أن القرض لا يشتمل على قواعد ربوية اذا كان المقترض يطلب رفض الدعوى أصلا لأن القرض لم يتم ٠

ولا في المسائل العارضة كالاشكالات التي تعرض على قاضي الإستعجال لانه لا ينظر في الموضوع، ولا يقبل القاضي بأن توجه يتحفظ المدعي بأن يرفع دعوى أخرى اذا خسر الدعوى باليمين ٠

وأن يلفت القاضي انتباه الاطراف الى نتيجة الاداء والنكول حتى يكونا على بينة من أمرهما ، ثم إذا تم كل ذلك وحلفت اليمين أو نكل عنها أو ردت فيجب على القاضي والخصم أن يلتزموا بحكمها ، وهو حسم النزاع مطلقا (1) وانقطاع الخصام في ذلك الموضوع، اذ لا يصح الطعن في الحكم الصادر بناء على يمين حاسمة بالطريق المدنية ، وإن كان يمكن للمتضرر من نتيجتها إن كان لديه ما يثبت كذبها أن يبلغ النيابة عن وقوع جريمة الحلف كذبا ، وينتظر نتيجة الحكم الجزائي في الموضوع٠

---

1) حكم محكمة النقض المصرية ليوم 07٠04٠1970 مشارا اليه في قواعد الاثبات لانور سلطان ص205 ، اذ جاء فيه " المحكمة ملزمة بالاخذ بما يسفر عنه توجيه اليمين الحاسمة من حلف أو نكول أو رد باعتباره صلحا تعلق عليه نتيجة الفصل في الدعوى " ٠

ـ كذلك نشأت ج 1 ص126 ، سليمان مرقس في الاقرار واليمين ص 145

ـ ادوار عيد ج 1 ص418 ٠

الفرع الخامس

أن تكون الواقعة الموجه بشأنها اليمين منتجة في النزاع ومتعلقة به وجائزا اثباتها به

وهذه الشروط تستخلص من المادة 61 من قانون الاجراءات المدنية الجزائرية المتعلقة بالشروط اللازمة لاثبات أي واقعة في النزاع بقولها " يجوز الأمر بالتحقيق لإثبات الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للاثبات بشهادة الشهود والتي يكون التحقيق فيها جائزا أو منتجا في الدعوى ".

أول ما تجدر الاشارة اليه هنا أن المادة 61 المذكورة تظهر وكأنها خاصة بشهادة الشهود فقط مع أنها عامة تشمل الإثبات بالبينة ، وأن عبارة البينة تشمل شهادة الشهود وما عداها من وسائل الاثبات الا أن المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات يرمز الى البينة بشهادة الشهود ، وباختصار فان معنى أن تكون الواقعة منتجة هو أن تكون ذات صلة وثيقة بموضوع الدعوى حتى يؤدى الفصل فيها الى الفصل في النزاع أو على الأقل في جزء منه بصفة نهائية (1) أما كون الواقعة جائز اثباتها باليمين فهو شرط بديهي سبق أن أشرنا اليه فيما مضى اذ قلت بأن اليمين الحاسمة لا توجه بشأن بعض المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية والمتعارضة مع النظام العام ... الخ (2) وفيما عدا ذلك فهي صالحة لاثبات كافة النزاعات المالية .

وبهذا أكون قد أتيت على نهاية شروط توجيه اليمين الحاسمة ، ويبقى أن أتساءل عن إمكانية الرجوع فيها بعد توجيهها .

---

1) نفس المعنى ، سليمان مرقس ، الاقرار واليمين ص 418.
2) راجع ... محل الاثبات في الفصل التمهيدى من هذا البحث.

المطلب الرابع : عدم الرجوع عن اليمين بعد توجيهها أو ردها .

تنص المادة 345 ق م ج على أنه "لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه تلك اليمين" (1) من هذه المادة والمواد المقابلة لها يتضح أن كل من موجه اليمين ورادها متى أعلنا عن إرادتهما في التوجيه أو الرد، وقبل أن يقبل الخصم ذلك أو يعلن عن ارادته بالحلف أو الرد فان اليمين تبقى ملكا لهما من حيث إمكانية الرجوع فيها والتعديل في صيغتها ،أما اذا قبل الخصم حلف اليمين بالإعلان عن ارادته في ذلك فان الباب يسد أمام موجهها ورادها اذ تصبح عند ذلك في يد الموجهة إليه القابل .

الفرع الأول

وقت الرجوع

MOMENT DE SERMENT

ونلاحظ هنا أن الوقت الفاصل في امكانية الرجوع وعدم إمكانيته بالنسبة لموجه اليمين ورادها هو زمن إعلان الخصم عند إرادته في حلفها ،وان كان الفقيه السنهوري يرجع هذا الوقت الفاصل الى اعلان موجه اليمين عند رغبته في توجيهها واقتراح صفتها الكاملة معللا ذلك بالمنطق (2) أما جمهور الفقهاء فقد حددوه بوقت إعلان الموجهة إليه اليمين عن إرادته في حلفها تماشيا مع النصوص القانونية المذكورة (3) ومن المنطق أن يبقى حق الرجوع في توجيه اليمين مفتوحا لموجهها أو رادها قبل أن يعلن الخصم رسميا عند أدائها لأن مرحلة ما قبل الإعلان هي مرحلة التفاوض في شأن صيغتها اذ من المعلوم أن موجه

---

1) تقابلها المادة 116 من قانون الاثبات المصري وهي مطابقة لها تماما كما تقابلها المادة 235 من أصول المحاكمات اللبنانية بنص مطابق في المعنى وان اختلف في العبارات وكذلك المادة 476 من القانون المدني العراقي)وهي مطابقة تماما للمادة الجزائرية .
أما القانون المدني الفرنسي فتقابلها منه المادة 1364 وهي الأخرى مطابقة في المعنى مع القانون الجزائري بنصها "الطرف الذى وجه أو رد اليمين لا يمكنه الرجوع عنها متى قبل خصمه حلف هذه اليمين "كما تطابق مع نص المادة 317 من المشروع الفرنسي الايطالي .

ART.1364/ :La partie qui a déféré ou référé le serment, ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

2) الوسيط الجزء الثاني ص546 .

3) ادوار عيد ،قواعد الاثبات ج 1 ص427 - يحيى بكوش أدلة الاثبات في ق م ج ص315 ،316 - أحمد نشأت في رسالة الاثبات ج 2 ص91 .
أنور سلطان في قواعد الاثبات ص 201 .

اليمين الحاسمة يضع أو يقترح الصيغة التي يقبل بها الاحتكام لذمة خصمه، وما دام من حق هذا الأخير أن يناقش تلك الصيغة فان حق النقاش هذا يقابله حق الرجوع في توجيه اليمين أو ردها، وحق النقاش مستخلصا من نص المادة 61 من قانون الاجراءات المدنية التي تجيز لمن توجه اليه وسيلة من وسائل الاثبات أن يناقش مدى تعلقها بالدعوى . وبالنسبة لليمين فقد أوردنا في شروطها الموضوعية ما يغني عن التكرار في ذلك، ولكن المهم هو الاتفاق على المبدأ الأساسي قبول أو عدم قبول اليمين كأداة للاثبات.

واذا قال الموجهة اليه اليمين بتعديل الصيغة المقترحة من حيث المضمون فان ذلك يعتبر نكولا عن اليمين.

أما التعديل الذى لا يمس جوهر الصيغة المقترحة ولكن ينصب على تهذيبها باستبدال العبارات بمرادفاتها فهو جائز.

وكذلك القبول المنصب على جزء من الصيغة المقترحة، ورفض البقية، يعتبر بمثابة الرفض، ويخول موجهها حق الرجوع في توجيه اليمين أو في ردها. (1)

أما اذا انتهت مرحلة نقاش الصيغة باعلان الموجهة اليه اليمين عن استعداده لأداء اليمين (الموجهة أو المردودة)، فان امكانية الرجوع فيها تنتهي عند هذا الحد ما لم يكن هناك عيب في ارادة موجهها أو رادها يجعل التصرف قابلا للابطال.

---

1) ادوار عيد، قواعد الاثبات ج 1 ص428.

الفرع الثاني

كيفية الرجوع

الرجوع عن توجيه اليمين الحاسمة وردها قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ٠ فالرجوع الصريح هو الذى يعلن فيه موجهها أو رادها عن ارادته في ذلك على اثر رفض الطرف الآخر للصيغة المقترحة أو جزء منها ، أو تماطل الموجهة اليه في الاعلان عن ارادته ٠
أما الرجوع الضمني فهو الذى يستنتج من تصرفات موجه اليمين أو رادها اذا كانت لا تنبئ بالاستمرار في الاحتكام الى ذمة خصمه ٠ كأن يستأنف الحكم الصادر بتوجيه اليمين ٠ (1)
أو اذا أظهر بينات أخرى تثبت ما هو مطلوب منه ، كأن تكون تلك البينات قد حضرت قبل أداء اليمين من الموجهة اليه ٠ ولكن هل يعتبر الرجوع عن توجيه اليمين تنازلا عنها ؟ اذا قلنا بأن الرجوع عن اليمين يعد تنازلا فان من رجع فيها لا يمكنه أن يوجهها مرة أخرى وهذا ينافي قواعد العدالة التي تأسست عليها اليمين في مجملها ٠
فمتى كان الرجوع في وقته أى قبل اعلان الموجهة اليه عن استعداده للحلف فانه يمكن أن يوجه اليمين مرة أخرى ٠ (2)
أما رجوع من رد اليمين عن رده فهو يعتبر اعلانا منه على قبوله تأدية اليمين الموجهة اليه فاما أن يحلفها أو ينكل عنها مع ما يترتب على ذلك من نتائج ٠ ومما تجدر الاشارة اليه أن توجيه اليمين يكون تحت رقابة القضاء وذلك هو موضوع البحث الآتي ٠

---

1) نقض فرنسي مشار اليه في الوسيط السنهوري ج 2 ص 551 ٠
هامش 2 وفي أدلة الاثبات ليحيى بكوش ص 315 هامش 1 ٠
2) السنهوري في أثر الرجوع عن اليمين وردها ص 551 من الوسيط 2 ٠

المطلب الخامس : مدى تدخل القاضي في توجيه اليمين الحاسمة .

لقد سبق وأن قلنا بأن اليمين الحاسمة ملك للخصم فللطرف الذى له الحق في توجيهها أن يفعل أو لا يفعل ، وللموجه اليه أن يحلفها أو يردها أو ينكل عنها ، ولكن هل يفعل الخصم كل هذا دون رقابة عليهم ؟ من المعلوم أن الخصم لو تركوا أحرارا في هذه التصرفات لنكل بعضهم ببعض واستبد أقواهم بأضعفهم .لذلك جعل المشرع - رغم تمكينهم من هذا الحق - للقاضي نافذة يدخل منها من حين لآخر للمحافظة على التطبيق السليم لهذا الحق بالتأكد من توافر شروطه من جهة ، ومنع التعسف في استعماله من جهة أخرى ، سواء من طرف الخصوم أو القضاة .[1] من هنا نرى أن القاضي يتدخل في توجيه اليمين الحاسمة بطريقتين :

الأولى : يتأكد من توافر الشروط اللازمة لتوجيه اليمين وبالتالي اقرار صيغتها .

الثانية : منع التعسف في استعمالها .

الفرع الأول

اقرار القاضي لصيغة اليمين الحاسمة بعد فحص شروطها

لتوجيه اليمين شروط لا بد من مراعاتها . نص عليها القانون في المادتين 343، 344 من ق م ج المشروحين آنفا بالاضافة الى شروط في قانون الاجراءات المدنية ، والقاضي هو الشخص الكفيل بمراعاة مدى توافرها وعليه فانه يتأكد من توافر أهلية توجيهها لدى الخصمين . ومن عدم انصبابها على واقعة مخالفة للنظام العام والآداب، ومن تعلقها بالشخص الموجهة اليه والتأكد من الوكالات الخاصة اذا وجدت .كما أن القاضي هو الذى يفصل في النقاش الذى يدور حول الصيغة المقترحة لليمين ، وتوضيح ما هو مبهم فيها ، وتعديل شكلها بالقدر الذى يتلاءم ومصلحة الخصوم فيما يقصدوه .

وليس للقاضي أن يعدل موضوع الصيغة المقترحة ، لأن ذلك يتعارض مع حق الخصم في توجيه اليمين ، غير أن القاضي يتدخل أثناء النقاش لاستخلاص ما هو جوهرى وما هو ثانوى في اليمين الموجهة .

---

1) لقد تأكد هذا بقرار المجلس الأعلى الجزائرى " الذى جاء فيه (حيث ثبت من بيانات القرار المطعون فيه أنه ردا على طلب الطاعن الرامي الى تحليف خصمه . اكتفى المجلس القضائي بالقول أن الخير قام بالمهمة المسندة اليه أحسن قيام ، وبنقل تأكيدات شاهدين فان المجلس اذ قضى كذلك من دون تقديم أسباب جديرة تبرر حكمه لم يراع مقتضيات القانون) قرار رقم 12958 ليوم 13.03.1977 .

الفـــرع الـثـانـــي

حـق القاضـي فـي رفـض اليـمين التعسفيـة

لقد نصت المادة 343 ق م ج على أنه "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين اذا كان الخصم متعسفا في ذلك (1)

أول ما يلاحظ هو أن القانون الجزائري لم يعلق صدور الحكم بتوجيه اليمين على اذن القاضي وكذلك القانون المصري وذلك تحقيقا لمبدأ حياد القاضي الواضح في توجيه هذه اليمين وحق الخصوم الخالص فيها ٠

واستثناء من القاعدة أجاز مشرعنا للقاضي أن يتدخل لمنع توجيه اليمين التعسفية ٠ ويعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية :

1_ اذا وقع بقصد الاضرار بالغير٠
2_ اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشيء للغير٠
3_ اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة (المادة 41 من ق م ج) (و 5 من ق م المصرى) ٠ (2)

ويتفرع عن ذلك أن توجيه اليمين يعتبر تعسفيا اذا كان لا يستند الى مصلحة مشروعة أو أراد الخصم توجيه اليمين بشأنها فللقاضي أن يمنعه من ذلك ٠ كذلك يمنع القاضي توجيه اليمين ما لم يكن وراء توجيهها أى مصلحة ، أو كان الهدف منها مجرد الكيد للخصم الآخر ٠ لأن الحق في توجيه اليمين الحاسمة لم يشرع لذلك ومن الحالات التي يمكن اعتبار توجيه اليمين فيها تعسفيا أيضا الحالة التي تكون الواقعة غير محتملة التصديق أي كذبتها مستندات أخرى كما تأكد في قرار المجلس الأعلى الجزائرى (3) الذى طلب فيه الطاعن توجيه اليمين الحاسمة رغم تواجد أدلة أخرى أمام محكمة الاستئناف التي رفضت طلبه ورفضه قرار المجلس الأعلى أيضا ٠

---

1) وهي مطابقة للمادة 114 من قانون الاثبات المصرى اذ لا تشترط هي الأخرى تعليق صدور الحكم باليمين على اذن القاضي بخلاف القانون السورى والعراقي فقد نصا صراحة على وجوب هذا الاذن ، لقد نص القانون المدني العراقي في المادة 471 على أنه "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة للخصم الآخر ولكن لا يجوز ذلك الا باذن المحكمة " ونفس الحكم ورد في المادة 113 من قانون البينات السورى ٠

2) الأستاذ حسنين المشرف في مطبوعة الأشخاص والأموال والاثبات (نظرية الحق) في الصفحات 272 ، 275 ٠

3) حيث جاء فيه "أن اليمين الحاسمة ليست مفروضة على القضاة اذا كان يوجد في القضية ما يفند مزاعم المدعي " ٠ وحيث أن المجلس قضى برفض الطلبات الطاعنة اعتمادا على الايصال المسلم لها مقابل المبلغ الذى يتضمن دفع دين في ذمة زوج الطاعنة ولا تسبيقا كما تزعم العارضة ، وكان هذا تسبيبا كافيا لتبرير حكم المجلس وعليه فان النعي مردود ٠ وعليه قرر المجلس رفض الطعن في القرار رقم 20754 بتاريخ 14 ٠ 04 ٠ 1982 ٠

وكذلك الحالة التي تكون فيها الدعوى خالية من أي دليل ومع ذلك يهدف الخصم الى استعمال تدين خصمه الشديد واحراجه بالحلف. (1) نخلص من كل هذا الى أن القاضي يلعب دورا ايجابيا في الرقابة على كيفية توجيه اليمين ومنع تعسف أحد طرفيها (وخاصة موجهها) بالآخر وهناك اجتهادات قضائية في هذا الموضوع ترفض أحيانا توجيه اليمين لاشتمالها على حالات التعسف كما ترفض أحيانا الطعن بالتعسف لعدم توافر شروطه. ولسوف نوردها هنا للفائدة نقلا عن قواعد الاثبات للأستاذ ادوارعيد ص40 _ 42. (2)

---

1) من مطبوعة فتحي الدريني من نظرية التعسف في استعمال الحق في التقنين المدني الجزائري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية القسم الثاني ص65 الى 67 أعدها لطلبة الماجستير. عقود ومسؤولية للسنة الدراسية 80/ 1981 كلية الحقوق ابن عكنون وكذلك السنهوري في الوسيط 2 ص524 _ 524. نشأت في الجزء الثاني من الرسالة ص 141 وما بعدها .ادوارعيد قواعد الاثبات ج 1 ص400 وما بعدها .عبد الحميد عكازه وعز الدين الدناصوري في التعليق عند قانون الاثبات المصرى ص260.

2) لقد قضى برفض توجيه اليمين الحاسمة الى الخصم باعتباره كيديا لأن المدعى لم يطلب اليمين الا لعلمه أن المدعى عليها لن تحلفها لتمسكها الشديد بعادة من عادات عشيرتها تحول دون سماع صوتها لأي غريب (محكمة قنا الكلية 7.9.1920. المجموعة الرسمية 1920 ص20) .وقضى أيضا برفض توجيه اليمين اذا تبين من ظروف الدعوى أنها موجهة للكيد والاحراج من سيدات يعلم الخصم أنهن من ربات الخدور والمحجبات اللواتي لا يسمح العرف في أوساطهن بالخروج والمثول بين يدى القضاء (استئناف مصرى 17.01.1921 المجاماة رقم 10 ص20) . كما تقرر عدم جواز رفض توجيه اليمين لمجرد تعارض الواقعة المراد اثباتها باليمين مع الكتابة .لأن هذا التعارض لا يفيد أن اليمين كيدية (نقض مصر 30.5.46 مجموعة عمر 88 ص168) . وقضى أيضا أن اليمين الحاسمة هي ملك الخصم .وله أن يوجهها متى توافرت شروطها أية كانت قيمة الدعوى وحتى لو كانت الغاية منها اثبات ما يخالف عقدا خطيا ولو رسميا الا فيما لا يجوز الطعن فيه من العقد الرسمي الا بالتزوير ومن ثم يكون متعينا على القاضي أن يجيب طلب توجيهها الا اذا بان له أن موجهها متعسف في طلبه وأن القول بأن طلب توجيه اليمين غير جدى لتناقض طالبه في دفاعه ليس من شأنه أن يفيد التعسف في توجيه اليمين ومن ثم لا يصح أن يكون ذلك سببا للحكم برفض توجيه اليمين (نقض مصرى 7.4.1949) مجموعة عمر 5 رقم 405 ص 750.

الفصل الثاني

آثار توجيه اليمين الحاسمة

EFFETS DE DELATATION DU SERMENT DECISOIRE

أن التعرض لآثار توجيه اليمين الحاسمة يستوجب التعرض للآثار القانونية التي تنجر عن هذا التوجيه حلفا أو ردا أو نكولا ° ثم أثر اختيار الخصم لاحدى الثلاث وما يترتب على ذلك الاختيار من نتائج •وعليه سوف أتناول في هذا الفصل حلف اليمين وردها والنكول عنها على أن أخصص لكل منها مبحثا ،ثم مبحثا رابعا أتطرق فيه الى هذه الآثار من ناحية حجيتها °

المبحث الأول : حلف اليمين ° PRESTATION DU SERMENT

المطلب الأول : تحليف اليمين °

الفرع الأول : كيفية الحلف

تنص المادة 433 من ق إ م ج على أنه " اذا وجهت اليمين الى خصم في نزاع أو ردت عليه فان الخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه في الجلسة وفي حالة ما اذا تغيب لعذر شرعي ثابت بصفة قاطعة فيجوز أداء اليمين أمام القاضي الذى ينتقل لمكان المطلوب تحليفه اليمين يعاونه في ذلك الكاتب،وفي جميع الأحوال يكون حلف اليمين بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه لحضور الجلسة " °كما تنص المادة 434 من نفس القانون على أن "يؤدى الخصم اليمين بالجلسة أو أمام القاضي بالعبارة الآتية " أحلف بالله العظيم " أما المادة 432 فتنص على أن "يحرر في جميع الأحوال محضر مثبت لأداء اليمين " تقابل هذه المواد في قانون الإثبات المصرى المواد 124 ـ 125 ـ 126 ـ 127 ـ 128 ـ 130 ـ وهي مواد أسهبت في التفصيل في كيفية أداء اليمين (1) والمواد من 317 الى 322 من قانون المرافعات الفرنسي°من هذه المواد يتضح لنا أن من وجهت اليه اليمين توجيها صحيحا أى بعد تحقق القاضي من توافر شروطها الموضوعية والخاصة بطرفيها ودون أن ينازع هذا التوجيه من حيث جوازه ومن حيث تعلقها بالدعوى أو عدم تعلقها بها °

---

1) اذ نص المادة 124 اثبات مصرى على أنه (اذا لم يناقش من وجهت اليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى وجب عليه اذا كان حاضرا بنفسه أن يحلفها فورا أو يردها الى خصمه والا اعتبر ناكلا ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعادا للحلف اذا رأت لذلك وجها فان لم يكن حاضرا وجب تكليفه على يد محضر لحضور جلسة تحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذى حددته ،فان حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بدون عذر اعتبر ناكلا كذلك) •

ومن حيث تعلقها بشخصه ، وكان حاضرا بنفسه مجلس الامر بتوجيهها • ويجب عليه أن يحلفها أولا ، أو يردها ثانيا ، أو ينكل عنها ثالثا • وفي حالة اختياره للحلف يجب أن ينفذ ذلـــك فورا أمام القضاء وفقا للصيغة التي صدر بها الحكم التمهيدي دون زيادة أو انقـــاض أو تحفظ والا عد ناكلا•

قلت يجب أن يحلفها فورا اذا كان حاضرا بنفسه لأن خصمه قد احتكم الى ضميره ولكن قـد يتضمن حكم المحكمة أن يحلفها بعد أجل تعينه في الحكم •

= •أما المادة 125 تنص على أنه اذا نازع من وجهت اليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه بينت في منطوق حكمها صيغة اليمين ويعلن هذا المنطوق للخصم اذا لم يكن حاضرا بنفسه ويتبع ما نص عليه في المادة السابقة ، أمـــا المادة 126 من نفس القانون فتنص على أنه (اذا كان لمن وجهت اليه اليمين عذر يمنعـــه من الحضور انتقلت المحكمة أو أنتدبت أحد قضاتها ليحلفه) أما المادة 127 اثبات مصرى أيضا فتنص على أن تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف (أحلف) ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة أما المادة 128 تنص على أنه (لمن يكلف أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة في ديانته اذا طلب ذلك) •

المادة 130 (يحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتـدب والكاتب) •

أما المواد 317 — 322 من قانون المرافعات الفرنسية فقد علق عليها (Jean VINCENT) في دالوز • الاجراءات المدنية الطبعة رقم 19 السنة 1978 وقد أشرنا الى كل مادة فـــي أوانها •

عند ذلك يجب عليه أن يحضر في الموعد المحدد لأدائها والا عد ناكلا ، وكذلك الأمر اذا تغيب بدون سبب شرعي واجب الثبات،أما اذا ثبت للمحكمة أن تخلفه عن حضور جلسة الحلف لسبب مقبول فانها تفصل في تحديد موعد آخر لأدائها ،ويجب أن يكون الأداء ممن وجهت اليه اليمين شخصيا ،أما اذا لم يحضر الجلسة التي حكم فيها بتوجيه اليمين فانه يجب تبليغه بهذا الحكم مع تضمين الحكم منطوق اليمين أو صيغتها المقررة ، ويجب أن يكون هذا التبليغ صحيحا مستوفيا لاجراءات تبليغ الأحكام ،ومن المنطق أنه عندما يحضر يمكنه أن يناقش تلك الصيغة من جديد وللمحكمة أن تنظر أى اشكال يخص هذا التوجيه فاذا حكمت بتحليفه طبقا ما قلناه آنفا ويكون الحلف بالصيغة التي أقترحها الموجه ، (1)

وأقرتها المحكمة مبتدأة (بسم الله العظيم) مضافا اليه ما يعتبر حاسما في الدعوى (م 434 ق إ م ج) ،وتؤدى هذه الصيغة أمام القاضي (نفس المادة)ولم تحدد المادة المكان الذى يجب فيه حلف اليمين لذلك تضارب القضاء في تفسيرها ،فذهب الأغلبية الى أن معنى أمام القاضي الوارد في المادة يعني أيضا أدائها في المحكمة أو المجلس(2) وذهب البعض الآخر الى امكانية تفسير ذلك بحضور القاضي مجلس الحلف .

---

1) السنهوري الوسيط ج 2 ص552 هامش 2 بقوله وتستبعد صيغة الطلاق لأنها أقل من الحلف بالله شأنا من ناحية ،ويسرى أثرها الضار الى الأولاد والزوجة من ناحية أخرى .

2) حكم المجلس الأعلى بالجزائر بتاريخ 27 مارس 1968 حيث جاء فيه "ولقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتعيين كيفية أداء اليمين ،ويصح أداء يمين مكلفة مجردة موجهة تلقائيا أمام المحكمة" ص28 ، من منشورات وزارة العدل ويؤكد ذلك حكم آخر صادر عن المجلس الأعلى جاء فيه (أن كيفية أداء اليمين موكول تعينها الى قاضي الموضوع الذى له السلطة المطلقة في ذلك،وأنها لما كانت علاوة على ذلك يمينا مكلفة مجردة موجهة تلقائيا كانت الصحة التامة لأدائها أمام المجلس) ص 31 من منشورات وزارة العدل لسنة 1969 .

ولو كان خارج المحكمة ، (1)

ويلاحظ أن الاتجاه الأخير يحط من قيمة المحكمة لمجرد تحقيق رغبات الأفراد ليست من الشرع في شيء .

لذلك أرجح ما ذهب اليه الفريق الأول من أن أداء اليمين يكون في جلسات المحاكم لا خارجها وأداء اليمين لا بد أن يكون أمام القاضي وبحضور موجه اليمين الذى يجب دعوته لحضور جلسة حلف اليمين (م 433) حتى يسمع ويشاهد بنفسه حكم الخصم الذى احتكم اليه ،أما اذا بلغ ولم يحضر جلسة الحلف فهو ملتزم بالصيغة المؤداة أمام القضاء وهو الاتجاه المتبع في القانون والفقه الفرنسي (2) وتجدر الاشارة هنا الى أنه يمكن لغير المسلم أن يطلب بأن تكون صيغة اليمين وفقا لما تقتضيه ديانته اذا رأى أن ذلك أفيد له وقد أشرنا الى ذلك عند الكلام عن صيغة اليمين ،والموجهة اليه اليمين مادام لم ينازع بشأنها فهو ملزم بأدائها في الميعاد والمكان المحددين لها والقول بغير هذا يجعله ناكلا سواء تخلف عن ميعاد الحلف بغير عذر أو حضر ولديه اعتراضات جديدة بعد أن صدر الحكم بأداء اليمين الى غير ذلك مما يمكن أن يؤدى الى عدم تطبيق الأمر بأداء اليمين لأنه لا يمكن الرجوع في القبول متى علم به الخصم (م 345 ق م ج)أما اذا كان تغيبه عن ميعاد الحلف لسبب شرعي فيمكن للمحكمة أن تندب اليه قاضيا يحلفه بحضور كاتب ضبط (م 433 ق ا م ج) ،واذا كان الموجهة اليه موجودا خارج الدائرة القضائية للمحكمة جاز انتداب قضاة الدائرة التي يوجد بها للقيام بتحليفه (م 468 ق ا م ج)واذا كان المراد تحليفه متواجد خارج الوطن فيمكن أيضا تكليفه بأداء اليمين عن طريق اجراءات تتخذها وزارة العدل ما لم تنص الاتفاقيات الدولية على غير ذلك (468 ق ا م ج) .

---

1)حكم محكمة عين الدفلة الابتدائية (ولاية الشلف)ليوم 13 • 5 • 1981 رقم 81/340 • حيث جاء فيه "حكمت المحكمة ابتدائيا ،علنيا ،حضوريا قبل الفصل في الموضوع بتوجيه اليمين الحاسمة للمدعى على أن يحلفها بمسجد عين الدفلة بعد صلاة الجمعة يقول فيه أقسم بالله الذى لا اله الا هو وببركة هذا المكان المقدس أن ... "

— كذلك قرار المجلس الأعلى أثناء نقض قرار صادر من مجلس قضاء تيزى وزو يقضي برفض حكم صدر من محكمة العزازقة بتوجيه اليمين الحاسمة تلقائيا الى المدعي عليه يؤديها بضريح سيدى بهلول • مجموعة الأحكام الصادرة من وزارة العدل سنة 1969 ،ص 128 ،129 من الجزء الأول •

— وكذلك حكم محكمة عين الاربعاء بدائرة وهران في قسمها المدني ليوم 10 أكتوبر 1973 • الذى ينص أن "المدعي (س ك) سيؤدى اليمين المردودة عليه من طرف المدعى عليه (د م)في مسجد ولد بركيش بحضور الامام) •

2) جون فانسان في شرحه للمادة 321 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسية اذ جاء في كتابه (تؤدى اليمين بصفة شخصية في الجلسة ،وبحضور الطرف الآخر بعد استدعائه)دالوز اجراءات مدنية ،طبعة 19 لسنة 1978 ص 944 •

الفرع الثاني

حلف الاخرس

لقد أغفل مشرعنا الاشارة الى كيفية أداء اليمين من طرف الاخرس في مواد اليمين في القانون المدني وأخصها بمادة في قانون الاجراءات الجزائية (هي م 92) (1) لكنها تتعلق بأداء الشهادة من طرف الاخرس.

أما المشرع المصري فقد أخصها بالمادة 129 من قانون الاثبات حيث جاء فيها (يعتبر في حلف الاخرس ونكوله بإشارته المعهودة إذا كان لا يعرف الكتابة . فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها) .

ولعل مشرعنا استغنى عن مثل هذه المادة اعتمادا على ما حوته القواعد العامة بهذا الشأن، من ذلك ما نصت عليه المادة 1/60 ق م ج «التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة أو الاشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه...».

هذا وان كنا نفضل موقف المشرع المصري في معالجة هذه القضية وأملنا أن تضاف هذه المادة الى قانوننا في أول تعديل يطرأ عليه .

---

1) المادة 92 من قانون الاجراءات الجزائية تنص (اذا كان الشاهد أصما أو بكما توضع الأسئلة وتكون الاجابات بالكتابة، واذا لم يكن يعرف الكتابة ينتدب له القاضي التحقيق من تلقاء نفسه مترجما قادرا على التحدث معه ويذكر المحضر اسم المترجم المنتدب ولقبه ومهنته وموطنه وينوه عن حلفه اليمين ثم يرفع المحضر) .

الفرع الثالث

محضر أداء اليمين

لقد نصت المادة 432 من قانون الاجراءات المدنية على أن (يحرر في جميع الأحوال محضر مثبت لأداء اليمين) ،وهي مقابلة للمادة 130 من قانون الاثبات المصرى • (1)

ومن المعلوم أن الحكم بتوجيه اليمين هو حكم تمهيدى ،وأداء اليمين تنفيذ لهذا الأمر أو الحكم ،وتنفيذ الحكم أمام القضاء لابد أن يسجل بشأنه محضر يدون فيه كل ما يتعلق بموضوع اليمين وهوية طرفيه (الموجه ،والحالف) وهذا المحضر هو الذى يجعل من اليمين أداة صالحة للاستدلال ،وكما جاء في المادة المصرية أدناه لابد أن يتضمن المحضر توقيع الحالف وتوقيع القاضي الذى أديت اليمين أمامه وكاتب الضبط الذى يحرر المحضر،والمشرع الجزائرى أغفل الاشارة الى التوقيع على اعتبار أنها من البديهيات في كل أعمال القضاء وكتاب الضبط،وخاصة تحرير المحاضر •

وكان أولى به أن ينص على ذلك لقطع كل تأويل قد يرد على ما في المحضر ولاصباغه بالرسمية التي تتمتع بها أعمال القضاء • ولمحضر اليمين هذا أهمية خاصة في الدعوى التي يجوز فيها الاستئناف أمام المجلس لأن الاستئناف غير المصحوب بمحضر أداء اليمين من طرف الشهود يعد ناقصا وبالتالي غير صحيح وغير مسبب • ذلك ما تنص عليه المادة 74 من قانون الاجراءات المدنية وان كانت تخص يمين الشهود • (2)

---

1) المادة 130 من قانون الاثبات المصرى تنص على أنه (يحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكاتب) •

2) المادة 74 من قانون الاجراءات المدنية الجزائرية (في الدعوى التي لا يجوز فيها الاستئناف يدون كاتب الجلسة ،أقوال الشهود في محضره ،أما في الدعاوى الجائز استئنافها فيحرر الكاتب محضرا بأقوال الشهود ،ويرفق هذا للمحضر الذى يوقع عليه القاضي بالنسخة الأصلية للحكم ويتضمن بيان يوم ومكان وساعة التحقيق وحضور الخصوم أوغيابهم واسم كل شاهد ولقبه ومهنته وموطنه وبيان حلف اليمين •••) •

المطلب الثاني : الآثار التي تترتب على حلف اليمين الحاسمة ٠

الفرع الأول

نتائج الحلف

يترتب على تأدية اليمين الحاسمة نتائج ذات أهمية في مصير الدعوى وهي :

1 ـ اذا أديت اليمين خسر من وجهها دعواه ٠

لقد سبق وأن قلنا بأن توجيه اليمين يعتبر بمثابة احتكام من يعوزه الدليل الى ذمة خصمه، وبالتالي يطمح في أن يستخلص من هذا الخصم دليلا لصالحه وذلك خلافا للأصل في الاثبات٠

لذلك رتب القانون على هذا التوجيه (الاحتكام) أن يمتثل موجه هذه اليمين الى النتيجة التي تجود بها ذمة وضمير خصمه سواء كانت تلك النتيجة لصالحه أو ضده ، وتأدية اليمين بالذات لا تكون في صالحه ٠ ومع ذلك فهو مجبر قانونيا للرضوخ لنتيجتها ما دام اختياره في الاثبات وقع على توجيه اليمين. (1)

2 ـ اذا أديت اليمين انحسم النزاع ٠

لما كان الهدف من توجيه هذه اليمين هو حسم النزاع كما هو ظاهر من تسميتها ،فان تأديتها وفق اجراءات صحيحة يحقق هذا الهدف بكسب الحالف للدعوى ، ورد ادعاء موجهها ٠

ومعنى الحسم هنا أن النزاع المفصول باليمين الحاسمة ،لا يعرض على القضاء الا فيما يتعلق بالطعن لمخالفة الاجراءات، واثبات كذب اليمين جنائيا ٠

ذلك هو الرأى الذى استقرت عليه القوانين الوضعية ٠

أما الرأى في فقه الشريعة الاسلامية ففيه تفصيل :

حيث يرى غالبية الفقهاء المسلمون امكانية اثبات عكس الثابت باليمين بعد حلفها على أساس أن البينة هي الأصل واليمين هي الفرع، ومتى حضر الأصل أستبعد الفرع. (2)

---

1) نفس المعنى في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بشأن المادة 414 من القانون المدني المقابلة للمادة 114 من قانون الاثبات لسنة 1968 ص458 ج 3٠

2) فقه السنة للسيد سابق ج 3 ص450 طبعة 1 سنة 1971٠

وجاء في هذا الصدد (أما حكم أدائه "اليمين" فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقا بل مؤقتا الى غاية احضار البينة .
لانّ الاصل في البينة أنها تستخلص من كلام الأجنبي .أما اليمين فكالخلف عن البينة لانّها كلام الخصم صير اليها للضرورة ، فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف واعتبر كأنه لم يوجد أصلا .وهناك من الفقهاء المسلمين من قال بعدم جوازية البينة بعد حلف اليمين الا لعذر كنسيان (1) ،ولانّ اليمين وغيرها من البينات تتساوى كلها في الظن فمتى حكمنا باليمين فلماذا نرجع الى غيرها وننقض الظن بالظن". (2)
أما الرأى في الفقه الحديث فقد استقر على ما أخذ به جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية ، على رأى السيد سابق .. (2) من عدم امكانية اثبات عكس اليمين بالطريقة المدنية .
غير أن هذا الفقه يسلم بامكان اثبات كذب اليمين المؤداة عن طريق القضاء الجزائي ، ومتى تم اثبات هذا الكذب فان المتضرر من هذه اليمين يمكنه المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر من اجراء اليمين الكاذبة بالاضافة الى حقه في ممارسة الطعون التي لا تكون مواعيدها قد انقضت. وهكذا نرى أن الفقه الحديث بدأ يقترب من رأى جمهور الفقهاء المسلمين المسلم بامكانية اثبات عكس اليمين ،وهو رأى اعتمد منذ 14 قرن مضت.

---

1) الوسيط للفقيه السنهوري في تعليقه على ما جاء في (البدائع ج 6 ص229) الجزء الثاني من الوسيط ص557 .

2) الائمة مالك ،والغزالي من الشافعي يرون (بأن البينة لا تقبل من حالف اليمين بعد الحلف الا اذا كان جاهلا لوجودها قبل توجيه اليمين ،والا فلا تقبل منه أبدا ،فقه السنة المجلد 3 طبعة 3 سنة 1981 ،ص 345 .

الفرع الثاني

امكانية اثبات كذب اليمين الحاسمة

تنص المادة 346 ق م ج على أنه "لا يجوز للخصم اثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذى وجهت اليه أو ردت عليه، على أنه اذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي فان للخصم الذى أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون اخلال بما قد يكون له من حق الطعن في الحكم الذى صدر ضده" • وتقابلها في قانون الاثبات المصرى المادة 117 وفي قانون أصول المحاكمات اللبناني المادة 284، وفي القانون المدني الفرنسي المادة 1363 (1) من المواد المذكورة يتضح لنا أن إمكانية إثبات كذب اليمين الحاسمة وما قد يترتب عنها من نتائج قد تطور في القانون المصرى وبقيت أحكامه تقليدية في القانون الفرنسي أما المشرع الجزائرى فقد أخذ بآخرها وصل اليه الفكر في مصر • فإذا تأملنا نص المادة 1363 ق م الفرنسي فاننا نجدها لا تمكن موجه اليمين المحلوفة أو المردودة أن يثبت كذبها، فالحكم الصادر على اثر اليمين الحاسمة يتمتع بحصانة قانونية ضد كل طرق الطعن المدنية والجزائية دون أى اعتبار لما قد يعلق بهذه اليمين المحلوفة من غش أو خداع أو أى سبب من أسباب البطلان التي يستوجب الطعن • مضافا الى ذلك ما قد يترتب من أضرار للخصم وغيره من جراء كذب هذه اليمين فكلها مسائل تبحث عن الحلول في القانون الفرنسي مما جعل الفقه والقضاء في هذا البلد متذبذب بين جهود المادة وتطور الافكار القانونية بشأن المسألة (2) أما قانون الاثبات المصرى 1968 والقانون المدني الجزائرى 1975 • فقد وضعا حدا للافكار القديمة بشأن هذه المسألة المأخوذة عن الفكر القانوني الفرنسي والناتجة عن تكيف هذه اليمين بأنها صلح واتفاق مما ينتج عنه بالضرورة التنازل عما عداها من طرق الاثبات •

---

1) - المادة 117 ق الإثبات المصرى وهي مطابقة تمام التطابق مع المادة الجزائرية أما المادة 234 من أصول المحاكمات اللبناني فتنص على أنه (اذا حلف الفريق الذى كلف اليمين أو الذى ردت عليه، فلا يقبل من خصمه إقامة البرهان على كذب يمينه على أنه اذا أثبت كذب اليمين بمقتضى قرار جزائي حق للفريق المتضرر أن يطالب ببدل العطل والضرر • وهذا لا يجوز دون الطعن في الحكم بطريق المراجعة القانونية الممكنة) •
ويلاحظ أن مضمون النص مطابق لما هو عليه في الجزائر وأما المادة الفرنسية 1363 فتنص على أنه اذا أديت اليمين الموجهة أو المردودة فلا يقبل من الخصم الاخر أن يثبت كذب هذه اليمين) • ونصها بالفرنسية مذكور في الصفحات السابقة • وهو نص يختلف في الأحكام على النص الجزائرى كما سبق في الشرح •

2) نفس المعنى لدى السنهورى في الوسيط ج 2 ص 557، 558 •

وبالتالي عدم امكانية قبول أى منازعة بشأن هذه اليمين المؤداة سواء تعلقت بالطعن في صحتها أو التعويض عن الضرر الناجم عنها ،مهما كانت وسائل الاثبات المقدمة .ويستخلص ذلك من نص المادة 225 من القانون المدني المصرى القديم التي تنص على أن "التكليف باليمين يؤخذ منه ان طالبها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الثبوت" وهي مادة متقاربة في الحكم مع المادة 1363 من القانون المدني الفرنسي المذكورة غير أن التقنينين المصرى والجزائرى قد وضعا حدا لهذه الوضعية بصدور القانونين المدني الجزائري سنة 1975 والاثبات المصرى سنة 1968 ،اذ يعترفان بامكان اثبات اليمين الحاسمة المحلوفة أمام القاضي الجزائي ،وامكانية اثبات هذا الكذب بجميع الطرق والوسائل ثم انتظار نتيجة الحكم فان حكم برفض الطعن انقطع بذلك دابر موجة اليمين من كل أصل في موضوع الحكم المحلوف عليه وبهذا عمل القضاء العراقي "اذا وجد حاكم الصلح أن البينات المقدمة اليه لا تنفي صحة اليمين كان له الامتناع عن اعطاء الاذن لاجراء التحقيقات القانونية لاثبات كذب هذه اليمين" . (1) أما اذا صدر الحكم الجنائي بتكذيب الحالف فان للطاعن أن يقوم بالتمتع بما يرتبه له القانون على هذا الحكم في :

ـ المطالبة بالتعويض المدني عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب من جراء الكذب في اليمين .

ـ الطعن في الحكم الصادر نتيجة هذه اليمين بالطرق القانونية الممكنة الاستئناف اذا لم يفت أوانه ،أو التماس اعادة النظر اذا لم تتحقق الشروط المنصوص عليها في المادة 194 من ق إ م ج . (2)

---

1) من المبادىء القضائية القسم المدني لعبد الرحمن العلام ص 383 قرار رقم 713 ص ليوم 11.05.1953.

2) المادة 194 تنص على (ان الأحكام الصادرة من المحاكم أو المجالس التي لا تكون قابلة للطعن فيها بطريق المعارضة أو الاستئناف يجوز التماس إعادة النظر فيها من جانب من كان طرفا فيها أو بمن أبلغ قانونا بالحضور وذلك في الأحوال التالية :

1 ـ اذا لم تراعى الاشكال الجوهرية قبل أو وقت صدور هذه الأحكام بشرط أن لا يكون بطلان هذه الاجراءات قد صححه الأطراف.

2 ـ اذا حكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب أو سهي عن الفصل في أحد الطلبات.

3 ـ اذا وقع غش شخصي .

4 ـ اذا قضي بناء على وثائق اعترف أو صرح بعد صدور الحكم أنها مزورة .

5 ـ اذا اكتشفت من بعد الحكم وثائق قاطعة في الدعوى كانت محتجزة لدى الخصم .

6 ـ اذا وجدت في الحكم نفسه نصوص متناقضة .

7 ـ اذا وجد تناقض في أحكام نهائية صادرة بين نفس الأطراف وبناء على نفس الأسانيد ومن نفس الجهات القضائية .

8 ـ اذا لم يدافع عن عديمي الأهلية ـ (يحيى بكوش في أدلة الاثبات ق م ج ص 323)

هذا كله دون الاخلال بالعقوبات الجزائية التي تنص عليها المواد 240، 241، و 8 و 14 من قانون العقوبات الجزائري. (1)

اذ يعتبر حلف اليمين كذبا جنحة يعاقب عليها بالحبس من سنة الى خمس سنوات وغرامة من 500 الى 2000 دج كعقوبة أصلية بالاضافة الى عقوبات تكميلية تتمثل في الحرمان من بعض الحقوق المدنية لمدة تتراوح بين 5، 10 سنوات. (2)

بالاضافة الى عقوبات أخرى نص عليها القانون التجاري الجزائري في المادتين 149، 150 أشرت اليها لدى تعريفي لليمين في الفصل التمهيدي.

---

1) تنص المادة 240 على أن "كل شخص وجهت اليه اليمين أو ردت عليه في المواد المدنية وحلفها كذبا يعاقب بالحبس من سنة الى 5 سنوات. وبغرامة من 500 الى 2000 دج". وتنص المادة 241 على أنه "في الحالة التي يقضي فيها وفقا لاحدى مواد هذا القسم بعقوبة جنحة وحدها يجوز أن يحكم على الجاني علاوة على ذلك بالحرمان من خمس سنوات على الأقل الى عشر سنوات على الأكثر من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون".

المادة 14 تحيل الى المادة 8 والأخيرة تنص على أن " الحرمان من الحقوق الوطنية يتلخص في :

1 - عزل وطرد المحكوم عليه من جميع الوظائف العمومية وجميع الخدمات والمناصب العمومية وحرمانه من مباشرتها.

2 - الحرمان من حق الانتخاب أو الترشيح وعلى العموم كافة الحقوق الوطنية والسياسية ومن حمل أي وسام.

3 - عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا على أي عقد أو أمام القضاء الا على سبيل الاستدلال.

4 - عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو ناظرا ما لم تكن الوصاية على أولاده.

5 - الحرمان من الحق في حمل الأسلحة والتدريس، وفي ادارة مدرسة أو الاستخدام في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا.

ولا يطبق الحرمان من الحقوق الوطنية الا لمدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ الافراج عن المحكوم عليه.

2) الأستاذ حسنين محمد مطبوعة نظرية الحق (الأشخاص والأموال والاثبات) ص 329

لكن هذه المواد رغم تقدمها الا أنها لم تصل بعد الى تقرير امكانية مطالبة المضرور بالتعويض أمام المحكمة الجنائية وهي تنظر دعوى تكذيب اليمين المحلوفة • كذلك انها لا تقبل من الذى يريد الطعن في تكذيب يمين محلوفة أن يرفع دعوى جنائية بنفسه وانما فقط له أن يبلغ عن وقوع جريمة الحلف كذبا والنيابة العامة هي التي ترفع الدعوى وبعض الفقهاء يرون أن هاتين النقطتين ليستا ذى أهمية كبرى • (1)

فرفع الدعوى لا يضر ان وقع من طرف الشخص أو النيابة العامة مادامت العبرة دائما بنتيجة الحكم لا برفع الدعوى كما أن امكانية المطالبة بالتعويض المدني أمام المحكمة الجنائية لتفصل فيها في نفس الوقت ليس ذى أهمية ما دامت العبرة أيضا نتيجة الحكم في النهاية •

---

1) السنهورى الوسيط ج 2 ص 560 هامش واحد وكذلك حكم محكمة أسيوط بأنه " يجوز لمن وجه اليمين الحاسمة لخصم أن يثبت كذبها بدخوله مدعيا مدني في دعوى اليمين الكاذبة التي تقيمها النيابة العامة على من أداها " (حكم 28 يونيو سنة 1915 المجموعة الرسمية 18 ص 87) •

المبحث الثاني

ردّ اليمين

SERMENT REFERE

لقد نصت المادة 343 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على أنه " من وجهت اليه اليمين أن يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها اذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت اليه اليمين " وتقابلها المادة 2/114 من قانون الاثبات المصري، والمادة 233 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية، والمادة 475 ق م عراقي والمادة 1362 من القانون المدني الفرنسي. (1) والمادة 315 من المشروع الفرنسي الايطالي. ان رد اليمين هو إحدى المكنات الثلاث التي أعطاها القانون لمن وجهت اليه اليمين (الحلف، والرد، والنكول) فله من بين الاختيارات أن يردها على موجهها حتى يعفي نفسه من عبء الاثبات الذي ألقاه على عاتقه موجه اليمين وبهذا الرد يصبح هو الآخر محتكما الى ذمة خصمه. وللرد هذا شروط وآثار نوردها فيما يلي :

المطلب الأول : شروط رد اليمين.

المتفق عليه فقها (3) وقضاء (2) أن رد اليمين كتوجيهها من حيث الشروط باعتبار أنه تصرف ارادي قانوني (كالتوجيه) تشترط الأهلية الكاملة للتصرف حيث لا يتمكن فاقد الأهلية وناقصها من الرد فيما لا يملك التصرف فيه. كما لا يملك ذلك الوصي، والوكيل، والمحامي الا بوكالات خاصة تصدر عن الموصي أو الموكل. ويتأثر الرد كسائر التصرفات بعيوب الارادة فيجوز لصاحبه أن يطلب ابطال الرد لصالحه اذا ما شابت ارادته غلط أو تدليس أو اكراه أو تواطؤ.

---

1) المادة 2/114 من قانون الاثبات المصري مطابقة للمادة الجزائرية، أما المادة 475 ق م عراقي فتنص (يجوز لمن وجهت اليه اليمين أن يردها على خصمه على أنه لا يجوز الرد اذا انصبت اليمين على واقعة شخصية، أما المادة 233 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية فتنص على "لا يجوز رد اليمين اذا كانت الواقعة التي حلف عليها لا تخص الفريقين بل هي شخصية مخصصة للفريق الذي طلبت منه اليمين" وحكمها متفق مع ما ورد في المادة الجزائرية والمادة 1362 من القانون المدني الفرنسي تنص على "لا يجوز رد اليمين اذا كانت الواقعة المستحلف عليها لا تتعلق بالخصمين معا بل كانت لا تتعلق الا بشخص من وجهت اليه اليمين". وهي مطابقة أيضا للمادة 315 من المشروع الفرنسي الايطالي.

ART.1362/ : Le serment ne peut être referé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré.

2) تميز عراقي رقم 180 ص954 في المبادئ القضائية لعبد الرحمن العلام بند 1218 ص 375.

3) السنهوري في الوسيط ج 2 ص563، أحمد نشأت في رسالة الاثبات ص104، عز الدين الدناصوري، وحامد عبد الحميد عكاز في التعليق على قانون الاثبات ص260 وادوار عيد في قواعد الاثبات ج 1 ص 432.

كما يجب بديهيا أن لا يكون الرد مخالفا للقانون أو قواعد النظام العام والآداب، ولا يرد على واقعة قانونية، وأنه ينصب على واقعة حاسمة للنزاع، وهناك شرط أساسي في رد اليمين وهو أن يقع الرد على واقعة شخصية يشترك فيها الخصمان، وقد قلت أنه أساسي لأنـــه إذا توافرت جميع الشروط وتحلف هذا فإن الرد سيبقى غير ممكن لأن اليمين اذا كانـــت تتعلق فقط بالطرف الموجهة اليه فانه في هذه الحالة يتوجب عليه اتخاذ أحد الموقفين فقط الحلف أو النكول . ومثل ذلك اليمين الموجهة الى الوارث على علمه أو عدم علمـــه بواقعة قام بها المورث. وكذلك اذا وجه الشفيع اليمين الى المشترى أو البائع بخصـــوص ثمن البيع فانه لا يمكن للبائع ولا للمشترى أن يردها على الشفيع لأن واقعة البيع غـــير متعلقة به شخصيا ولأنه أجنبي عن اتفاق البيع[1] هذا بالإضافة إلى بقية شروط توجيهـــه اليمين الأخرى من أن ينصب الرد على نفس الصيغة الموجهة دون أى تعديل والا عـــد ذلك توجيهها ليمين جديدة . ومثالها أن توجيه اليمين الى شخص على أنه مدين فيردها على أن يحلف الموجه أنه لم تقع مقاصة بينهما في الدين المذكور ودين أخرى، وهو بذلك يريد استنتاج الاعتراف بالدين الاخرى وهذا موضوع ثاني يمكن أن يكون محل منازعـــة جديدة ويمين جديدة .[2] ومتى تحققت شروط الرد فان المردودة عليه ملزم بين قبولها والنكول عنها فان قبلها فلا يصح له الرجوع فيها لأنه اذا مكّن من ذلك يمكن أن يتلاعب ويضيع كثيرا من الوقت في الرد والرجوع في الرد . كذلك من ردت عليه اليمين لا يجـــوز له ردها مرة أخرى والا أصبح الطرفان يتقاذفان الرد ود من غير فائدة ، فاليمين لا تـــرد الا مرة واحدة .[3]

<u>تكييف رد اليمين</u> : سبق أن قلنا بأن رد اليمين كتوجيهها فهو تصرف ارادى مـــن طرف واحد ويسرى عليه ما يسرى على جميع التصرفات الارادية من أحكام ويضيف لنـــا الفقيه المرحوم السنهورى بأنه التزام بدلي حيث الالتزام الأصلي هو حلف اليمـــين والالتزام البدلي هو الرد . ويترتب على هذا الوصف نتائج قانونية هامة تتمثل في أن من يلزم مثلا بحلف اليمين اذا مات أو أفلس فان التزامه بالحلف يسقط وتعود الحالة الـــى ما كانت عليه قبل توجيه اليمين بالنسبة للورثة .

---

1) يحيى بكوش أدلة الاثبات في ق م ج ص 325 ، - عز الدين الدناصورى وحامد عبد الحميد عكاز في التعليق على قانون الاثبات ص 260 .

2) السنهورى ج 2 ص 565 .

3) حكم محكمة التميز العراقي جاء فيه "لا يجوز لمن ردت اليه اليمين أن يردها على خصمه وعليه اما أن يحلف والا عد ناكلا عنها" قرار رقم 37 ص 1956 ليوم 13 . 02 . 1956 بند 1219 من "المبادئ القضائية القسم المدني ص 376" .

لأن التزام البديل (الرد) لا ينتج أثره الا اذا قبله الملتزم أما لو كان الالتزام تخييري (اما الحلف واما الرد) فان وفاة الموجهة اليه لا تعفي ورثته من التمسك بأحد الالتزامين الحلف أو الرد . (1)

المطلب الثاني : أثر رد اليمين .

اذا تم رد اليمين بطريقة صحيحة فلا يبقى أمام الطرفين الا سلوك المواقف التالية :

1 ـ بالنسبة لمن رد اليمين ينتهي دوره في القضية بهذا الرد بعد أن يعلن المردودة عليه قبوله لهذا الرد ، لأنه لا يستطيع الرجوع في الرد وبذلك يكون قد أعفى نفسه نهائيا من عبء الاثبات ، غير أنه في امكانه الرجوع عن الرد قبل أن يعلن المردودة عليه عن رغبته وهو بذلك يعد قابلا لحلف اليمين الموجهة اليه أو ناكلا عنها .

2 ـ بالنسبة لمن ردت عليه اليمين يبقى مصير القضية كله موقوف على التصرف الذي يصدر منه حلفا كان أو نكولا ، فان حلف ربح القضية وبذلك ينتهي النزاع وان نكل خسر دعواه بصفة نهائية أيضا لصالح راد اليمين ، هذا عن الرد في القانون المدني الجزائري والوضعي فماذا عنه في الفقه الاسلامي .

المطلب الثالث : رد اليمين في فقه الشريعة الاسلامية .

لقد اختلف الفقهاء في جواز رد اليمين وعدم اجازته فالذين يجيزون الرد هم الشافعية والذين لا يجيزونه هم الحنفية . ولكل أدلته ، أما الشافعية فحجتهم في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم (البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه) وبذلك جعلوا البينة حجة قاصرة على المدعي واليمين حجة قاصرة على المدعى عليه . بهذا التفسير لم يرد النكول في الحديث الشريف ولا في غيره ومن ثم لا يبقى في أحكام اليمين الا الحلف أو الرد (2) وقد جاء في كتاب الفقه الميسر في العبادات والمعاملات بشأن الرد ما يلي : اذا كان الحق المدعى به لشخص معين يمكن تحليفه ونكل المدعي عليه فلم يحلف ردت اليمين على المدعي لأنه (ص) رد اليمين على صاحب (الحق) . ذكره البيهقي ، والدار قطني .

وقد ردت اليمين على زيد بن ثابت فحلف وعلى عثمان رضي الله عنه فلم يحلف . (3)

---

1) نفس المعنى السنهوري ج 2 ص 563 تحت عنوان متى يجوز الرد .

2) السنهوري الوسيط 2 ص 564 . أحمد نشأت ج 3 ص 111 ـ 112 .

3) أحمد عيسى عاشور الطبعة 1978 ص 407 .

كما جاء في الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية عن رد اليمين ما يلي :

(أما رد اليمين فقال أبو عبيدة حدثونا عن مسلمة بن علقمة عن داود بن أبي هند عن الشعبي أن المقداد استلف من عثمان الى آخر القضية) وقال في ذلك أبو عبيد هذا عمر قد حكم برد اليمين وكذلك المقداد ولم ينكره عثمان فهؤلاء ثلاثة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم علموا برد اليمين . كما جاء فيه حدثنا هاشم عن حصين بن عبد الرحمن قال : كان شريح يقضي برد اليمين وقال أبو عبيدة أن رد اليمين له أصل في الكتاب والسنة فالذى في الكتاب : قوله تعالى (اثنان ذوى عدل منكم وآخران من غيركم) ، ثم قال سبحانه وتعالى (فان عثر على أنهما استحقا اثما فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الاوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا انا اذن لمن الظالمين . ذلك ادنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا ان ترد ايمان بعد ايمانهم) . وأما السنة فحكم رسول الله (ص) في القسامة في الايمان على المدعين فقال : "أتستحقون دم صاحبكم بأن يقسم منكم خمسون أن يهودا قتلته؟ فقالوا كيف نقسم على شيء لم نحضره ، فقال فيحلف لكم خمسون من يهود وما قتلوه . قال : فردها رسول الله (ص) على الآخرين بعد أن حكم بها للأولين ، فهذا هو الأصل في رد اليمين وبه يكون رد اليمين قد تأصل في الفقه الاسلامي .

<u>أما الحنفيـــة</u> : الذين لا يجيزون رد اليمين فالحكم عندهم في اليمين حلفها أو النكول عنها ولهم عن ذلك حجج بالسنة والاجماع والمعقول .

أما السنــة :

أ ـ الحديث الشريف ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم) ولكن اليمين على المدعى عليه)) ووجه الدلالة منه ان حيث حصر اليمين على المنكر دون المدعي ولذلك لا ترد .

ب ـ الحديث الشريف : (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) . ووجه الدلالة منه انه قسم بين البينة (للمدعي) واليمين (للمنكر) والقسمة تتنافى والشركة وعليه فلا يمين في جانب المدعي كما لا تطلب بينة من المنكر .

جـ ـ رواية سالم بن عبد الله أن أباه باع عبدا بـ 800 دراهم بالبراءة الأصلية ثم ان صاحب العبد خاصم ابن عمر أمام عثمان بن عفان (رضي الله عنه)فقال عثمان لابن عمر احلف بالله لقد بعته العبد وما به داء؟ فأبى ابن عمر أن يحلف فرد عليه العبد . ووجه الدلالة أن عثمان حكم على ابن عمر بنكوله . أما الاجماع : فقالوا لقد قضى عثمان بن عفان بالنكول ولم يعرف له مخالف من الصحابة كما قضى به شريح وكان ذلك بعلم أصحاب رسول الله

صلى الله عليه وسلم ،ولم يعلم أن له منكرا ،ووجه الدلالة أن عدم علم المخالف من الكافة يدل على جواز القضاء بالنكول ، أما المعقـول :

(1) ، قالوا اذا نكل المدعى عليه ظهر صدق المدعى بذلك فيقضى له كما لو قدم بينة ،

(2) ، أن النكول يدل على الاقرار لأن المدعى عليه لو كان صادقا في دعواه لبرأ نفسه باليمين ،أما نكوله فهو اقرار منه بحق المدعى ،

وهناك رأى ثالث لابن حزم يرى عدم جواز الحكم لا بالنكول أبد ولا بالرد في اليمين الا في ثلاثة مسائل ، (1)

وهي أ ولا : القسـامـة ، (2)

ثانيـا : آية الوصية في السفر ، (3)

ثـالـثـا : من قام لـه بدعـواه شاهـد واحد عدل أو امرأتين عدلتين ،

---

1) طرق الاثبات في الشريعة والقانون للدكتور أحمد عبد المنعم البهي ،الطبعة الأولى 1965 ص56 ،

2) القسامة :ان يوجد مقتولا لا يعلم من قتله وتكون التهمة موجهة الى قبيلة أو عشيرة معينة مع عدم تواجد أية بينة لأهل القتيل فالحكم فيها ان يحلف 50 منهم (أهل القتيل) ويستحقون دم صاحبهم أو ديته ، فان أبوا حلف 50 من المتهمين (المدعى عليهم) برأت ذمتهم وهذا ما قضى به الرسول (ص) على ما أخرجه مسلم في صحيحه والشافعي في الام والبيهقي عن أبي حثمه (ان عبد الله بن سهل الانصارى ومحيصة بن مسعود خرجا الى خيبر فتفرقا لحاجتهما فقتل عبد الله ،عاد اخوته عبد الرحمن ومحيصة ابنا سعود الى رسول الله (ص) فذهب عبد الرحمن أخو المقتول يتكلم فقال رسول الله (ص) يحلف منكم 50 فتستحقون دم قاتلكم فقالوا يا رسول الله لم نحضر ولم نشاهد ،فقال (ص)فتبرئكم يهودا بـ 50 فقالوا يا رسول الله كيف نقبل ايمان قوم كفار،قال فعلقه (ص) ، ص52، 56 د /أحمد عبد المنعم البهي ،

3) آية الوصية في السفر هي : قوله تعالى (فان عثر على أنهما استحقا اثما فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا انا اذا لمن الظالمين ذلك أدنى ان يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد ايمان بعد ايمانهم) ، ص 51، 56 للأستاذ أحمد عبد المنعم البهي ، الآيـة 108 من سورة المائدة ،

فيحلف ويقضى له فان نكل حلف المدعى عليه وبرئ ،فهذا ما كان يحلف فيه الطالب فاذا نكل رد على المطلوب،أما الرأى الوسيط بين الآراء السابقة قال به الشيخ إبن تيمية (1) نقلا عن كتاب الطرق الحكمية جاء فيه (ليس المنقول عن الصحابة رضي الله عنهم في النكول في الرد بمختلف،بل هذا له موضع وهذا لموضع ،فكل موضع أمكن المدعى معرفته والعلم به ترد عليه اليمين فان حلف استحق واذا لم يحلف لا يحكم له بنكول (المدعى عليه) واستدل على ذلك بحكم سيدنا عمر على المقداد وعثمان ، اذ ردت اليمين على عثمان لمعرفته وعلمه لموضوع النزاع فاذا لم يحلف لا يحكم له الا ببينة أو اقرار (واما اذا كان المدعى لا يعلم ذلك والمدعى عليه هو المنفرد بمعرفته فانه اذا نكل عن اليمين حكم عليه بالنكول ولم ترد اليمين على المدعى) .

واستدل على ذلك بحكم عثمان في ما بين عبد الله بن عمر وغريمه في الغلام ،فقد حكم عثمان على عبد الله أن يحلف أنه باع الغلام وما به داء لأن ذلك يمكن أن يعلم به . لذلك استحلفه على نفي العلم فلما امتنع عبد الله عن اليمين قضي عليه بالنكول .

وأضاف أنه اذا وجد بخط أبيه في دفتره أن له على فلان كذا وكذا فادعى به عليه فنكل وسأل احلاف المدعى أن أباه اعطاني هذا أو أقرضني أياه لم يرد عليه اليمين ،فان حلف المدعى عليه والا قضي عليه بالنكول لأن المدعى عليه يعلم ذلك وكذلك لو ادعى عليه أن فلانا أحالني عليك بمائة (100) فأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين وقال للمدعي أنا لا أعلم أن فلانا أحالك ولكن أحلف وخذ فهنا اذا لم يحلف لم يحكم له لنكول المدعي عليه .

---

1) الطرق الحكمية من السياسة الشرعية للعلامة شمس الدين ابي عبد الله محمد بن قيم الجوزية قدم وعلق عليه وصححه محمود عرنوس طبعة 1375هـ ،1956م ، ص 99 .

المبحث الثالث

النكول عن اليمين الحاسمة

REFUS DU SERMENT DECISOIRE

تنص المادة 347 من القانون المدني الجزائري على أن "كل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه"، وتقابلها المادة 118 من قانون الاثبات المصري والمادة 232 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية، المادة 1361 من القانون المدني الفرنسي والمادة 480 من القانون المدني العراقي (1) والمادة 314 من المشروع الفرنسي الايطالي .

المطلب الأول : النكول عمل سلبي يرتب آثارا قانونية .

الأصل في النكول هو الاجابة بالنفي أو السكوت، أو عدم اجابة موجه اليمين أو رادها بالحلف أو غيره . ومع ذلك فهذا النكول يعتبر رفضا لأداء اليمين ويرتب عليه القانون احدى النتيجتين لصاحبه :

1 ـ اذا وجهت اليه اليمين ولم يحلفها ولم يردها على موجهها فهذا يعتبر نكولا يؤدي به الى خسران القضية وهذا هو رأي المجلس الأعلى الجزائري اذ قرر أن كل من وجهت له اليمين فنكل عنها خسر دعواه . (2)

2 ـ اذا ردت على خصم بعد أن يكون قد وجهها فهذا لا يستطيع أن يردها ثانية فهو اما أن يحلفها، واما أن ينكل عنها وفي نكوله خسران القضية أيضا .

والنكول في الحالتين قد يكون صريحا أو ضمنيا .

---

1) المادة 118 ق م مصري مطابقة تماما للنص الجزائري، أما المادة 232 من أصول المحاكمات اللبنانية فتنص على أن "من كلف بحلف اليمين وتمنع عنها أو عن ردها على خصمه أو ردت عليه اليمين وتمنع عنها كان خاسرا في طلبه أو دفعه" . أما المادة الفرنسية

ART.1361/ : Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référé à son adversaire ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exeption.

هي تطابق مثيلتها الجزائرية حكما ومثيلتها اللبنانية لفظا وحكما ومع مثيلتها الفرنسية الايطالية لفظا وحكما أيضا .

أما المادة العراقية فمطابقة مع المادة الجزائرية مع فارق طفيف في اللفظ .

2) قرار المجلس الأعلى رقم 12589 ليوم 26 . 01 . 1977 .

فالنكول الصريح هو الذى يعلن فيه الموجهة اليه اليمين ،أو المردودة عليه عدم أدائـــه لها ،أوعدم ردها ،وهو حر في اعلانه هذا لانه تصرف ينتج آثار قانونية •

والنكول الصريح لا يثير أى اشكال •

أما النكول الضمني نرغم أنه معتمد كثيرا في طرف القضاء الا أنه لا يخرج عن كونه قرينــة بسيطة ، يمكن اثبات عكسها ،ومع ذلك يعتبر هذا السكوت دليلا كاملا للضرورة الـــتي استدعت الالتجاء الى اليمين نفسها •

ومن أحكام القضاء التي تفسر السكوت أو التغيب بالنكول ،قرار محكمة التمييز العراقيــة القاضي بأن التأخير عن حضور موعد الحلف دون عذر شرعي بعد أن يكون قد بلــــغ بصفة قانونية يعتبر نكولا (1) ،وعدم حلف اليمين أو ردها على من وجهها يعتبر نكـــولا أيضا من طرف المجلس الاعلى الجزائرى في القرار المشار اليه آنفا •

أما عدم اعلان الموجهة اليه اليمين بصيغة اليمين وحكم توجيهها اليه لا يعتبر نكـــولا ذلك ما قررته محكمة النقض المصرية • (2)

وهي أحكام أخذ بها مشرعنا في المادة 433 من قانون الاجراءات المدنية (3) المدنيــة والنكول في حالة حضور الخصم الموجهة اليه اليمين الجلسة التي صدر فيها الامــــر بالتحليف يعتبر بمثابة اقرار منه بدعوى الخصم ،وعلى أساس هذا الاقرار يصدر الحكم ضـد الناكل ،غير أنه لا يعتبر نكولا من يرفض أداء اليمين غير المتعلقة بشخصه ،كما لا يعتـــبر نكولا التعديل في الصيغة المأمور بها أو المنازعة فيها • (4)

---

1) تميز عراقي رقم 658 ليوم 02•04•1951 من كتاب المبادىء القضائية القسم المدني عبد الرحمن العلام ص374•

وكذلك حكم محكمة وهران ليوم 20•01•1980 اذ جاء فيه "أن غياب المدعى عليها عـــن ميعاد الحلف دون أى سبب شرعي يعتبر نكولا " طبقا للمادة 347 ق م ج •

2) نقض مصرى ليوم 12•04•1962 من مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمـــة النقض في 5 سنوات 61 ـ 1966 ،محمد أبو شارى ص50•

3) اذا وجهت اليمين الى خصم في نزاع أو ردت عليه فان الخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه في الجلسة وفي حالة ما اذا تغيب بعذر شرعي ثابت بصفة قاطعة فيجوز أداء اليمين أمـام القاضي الذى ينقل لمكان المطلوب تحليفه يعاونه في ذلك الكاتب•

وفي جميع الأحوال يكون حلف اليمين بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه بحضور الجلسة •

4) أحمد نشأت في رسالة الاثبات الجزء الثاني ص109 ،والسنهورى في الوسيط ج 2 ص567 الى 669 ،ويحيى بكوش في أدلة الاثبات ق م ج ص325 ،326•

وأيضا لا يعتبر نكولا القول بجهل الواقعة المدعاة أو نسيانها أو الادعاء بتشابه الامور على من وجهت اليه اليمين أو ردت عليه الا في حالات استثنائية يرى القاضي أن هذا الادعاء مرفوق بقرائن ،ففي هذه الحالة لا يعتبره نكولا (1) ،كما لا يعتبر نكولا عن اليمين أداؤها بعد صلاة الجمعة اذا كان الحكم ينص على أدائها وقت الصلاة لانّه لا يعقل أن يتوقف الصلاة أو الخطبة من أجل أداء اليمين . (2)

المطلب الثاني : أثر النكول عن اليمين الحاسمة .

لقد ذكرنا في البداية نص المادة 347 ق م ج والتي جاء في صلبها "أن كل من وجهت له اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه ،وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه" .

وذلك على اعتبار أن رفضه لأداء هذه اليمين يعد بمثابة اقرار منه لانّه لو كان صادقا في ادعائه أو دفعه لحلف اليمين التي وجهت اليه ،والنكول بهذا الشكل حكم منطقي سليم . كذلك من ردت عليه اليمين ان كان صادقا في دعواه التي أثارها منذ البداية ورغم أنه لا بينة له ،وأبدى تمسكه بهذا الحق بالاحتكام الى ذمة خصمه بتوجيه اليمين اليه فها هو خصمه يردها عليه ليؤكد مزاعمه ،أو ادعاءه فان كان صادقا فلماذا ينكل عن اليمين وهو يهدف من وراء توجيهها الى كسب حق ،وبهذا يصبح النكول دليلا قويا ضده ،مما حمل معظم الفقهاء الى القول – ليس فقط بخسرانه القضية بل بعدم امكانية قبول ادعائه مستقبلا وان كان بعضهم يرى امكانية قبول البينة منه بعد هذا النكول . (3)

---

1) أحمد نشأت ج 2 ص110 .

2) يحيى بكوش في المرجع السابق ص326 .

3) المبدأ 184 من مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما ،أحمد نصر الجندى ، ص79 ،حيث جاء فيه " اذا عاد المحكوم عليه بالنكول الى الحلف لا يلتفت اليه ، والقضاء ماضي على حاله لانّ الحكم بنكوله بمنزلة الحكم عليه باقراره ،وهو اذا عاد الى الانكار بعد الاقرار لا يلتفت اليه ولكنه اذا أراد اقامة البينة من جانبه ليبطل القضاء سمعت بينته على الصحيح لانّ الدفع يصح قبوله قبل البينة أو بعدها ،وقبل القضاء أو بعده على الاصح .

أما عن النكول وأثره في فقه الشريعة الاسلامية فقد جاء فيه عن الامام الشافعي أن النكول قد يكون نتيجة أشتباه الحال أو لأجل التورع عن اليمين الكاذبة أو لأجل الترفع عن اليمين الصادقة كما فعل سيدنا عثمان ٠ (1)

وانتقدت حجتهم من طرف الأحناف بأن اليمين واجبة لحكم صيغة الأمر في الحديث الشريف نفسه الذي استدلوا به في رواية (اليمين على من أنكر) ومادامت واجبة فالعاقل لا يترك الواجب بحجة التورع عن اليمين الكاذبة ،فمن يتورع عن اليمين الكاذبة ،فالواجب عليه أولا أن يؤدي الحق لصاحبه ،ومن يترفع عن اليمين الصادقة من الواجب عليه أولا أن يدفع الضرر عن نفسه لأن الترفع ليس بأمر ضروري ٠ أما من اشتبه عليه الحال فواجبه التحري عن الحقيقة التي تقدم على أداء الواجب (اليمين) أو يعطي الحق لصاحبه ٠

---

1) قضية ترفع سيدنا عثمان رضي الله عنه عن اليمين الصادقة ٠ لقد روى عن أبو عبيد عن الشعبي أن المقداد استلف من عثمان (7) سبعة آلاف درهم فلما قضاها أتاه بأربعة (4) آلاف فقال عثمان أنها (7) سبعة ،فقال المقداد ما كانت الا أربعة (4) فلم يزالا حتى ارتفعا الى سيدنا عمر رضي الله عنه ،وقال المقداد ،يا أمير المؤمنين ليحلف أنها كما يقول وليأخذها ،فقال عمر أنصفك ،أحلف أنها كما تقول وخذها ،فلم يحلف عثمان رضي الله عنه ،ولما خرج المقداد قال عثمان لعمر أنها كانت سبعة (7) آلاف قال ما منعك أن تحلف فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة ٠
أحمد عبد المنعم البهي في كتابه من طرف الاثبات في الشريعة والقانون ص 53 ، طبعة 1965٠

المبحث الرابع

حجية اليمين الحاسمة بالنسبة للأشخاص

PORTEE DU SERMENT DECISOIRE

المطلب الأول : مدى نسبية الحجية في اليمين .

القاعدة العامة : الأصل أن اليمين ذات حجية قاصرة على طرفيها وورثتهم وخلفائهم،(1) دون أن تتعدى الى غيرهم من الشركاء والوكلاء ، والغير بصفة عامة . وعلى ذلك فالغير كما لا يمكنه أن يستفيد من آثار اليمين فكذلك لا يضار بشأنها ، فاذا حلف اليمين الموجهة أو المردودة عليه فلا يستفيد من ذلك الا هو وورثته ، واذا نكل على اليمين الموجهة اليه أو وجه اليمين الى الخصم فحلفها فلا يسري ذلك الا عليه هو وورثته . المهم هو عدم امتداد أثر اليمين الى الغير هنا . (2)

الاستثناء : غير أن قاعدة عدم سريان آثار اليمين لغير الخلف لم تصمد أمام بعض القواعد التي قررها المشرع وحدد فيها هذه الآثار الى الغير في حالات معينة . ارتأى أنها ضرورية سواء لتطبيق بعض القواعد الراسخة في علم القانون كقواعد التضامن والكفالة أو لمسايرة بعض الضرورات العملية كحالة عدم القابلية للقسمة .

---

1) المادة 82 ق م أردني تنص على أن "تقبل اليمين ممن يؤديها في براءة نفسه لا في التزام غيره" .
وكذلك نشأت في البند 589 ص166 ج 2 من الرسالة .
— ومحكمة النقض المصرية من جمع أحمد أبو شادي في مجموعة القواعد التي أقرتها في الدائرة المدنية في 5 سنوات 1961 — 1966 ، القاعدة 83 ص 51 اذ جاء فيه " أن حجية اليمين الحاسمة قاصرة على من وجهها ومن وجهت اليه ولا يتعدى أثرها الى غيرها من الخصوم . فبطلان توجيه اليمين الموجهة بالنسبة لأحد الخصوم لا يمتد أثره الى غيره ممن وجهت اليه اليمين الحاسمة . كما أنه ليس لغيره من وجهت اليه اليمين الحاسمة أن ينازع فيها أو يعترض على توجيهها . اذ كل ما للغير هو ألا يحاج بأثر هذه اليمين " .
2) السنهوري في الوسيط ج 2 ص70 5 ونشأت ج 2 ص156 — 158 وادوار عيد ج 1 ص444 ومرقس في الاقرار واليمين ص185 ، 186 ، وبكوش ص326 في أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري .

المطلب الثاني : تعدى آثار اليمين في بعض الحالات.

الفرع الأول

آثار اليمين وقواعد التضامن SOLIDARITE

اذا كان الأصل أن يتوقف أثر الالتزام على أطرافه دون أن يتعدى الى غيره فان آثار اليمين تتطابق مع هذا الأصل ، لكن قواعد التضامن تحتم الخروج عنه ، وخاصة في تطبيق مبدأ النيابة التبادلية ، فقد نصت المادة 232 م ج على أنه "لا يسرى اقرار أحد المدنيين المتضامنين بالدين في حق الباقين .

واذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين الموجهة اليه ، أو اذا وجه اليمين الى الدائن وأداها هذا الأخير فلا يضار بذلك باقي المدينين . واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين وحلفها المدين فيستفيد منها الباقون "

هذه المادة تقابلها المواد : 295 م ، مصرى ، 236 من أصول المحاكمات المدنية اللبنانية ، 1365 ق م فرنسي 437 ق م أردني [1] والذى يستنتج من نص المادة

---

1) المادة 295 ق م مصرى مطابقة للنص الجزائرى ، بنصها "اذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فحلفها ، فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك — أما المادة 236 من أصول المحاكمات المدنية اللبنانية تنص على "أن حلف اليمين لا يصنع حجة الا تجاه طالب التحليف ، وورثته وخلفائه في الحقوق اما لهم واما عليهم " .

يلاحظ صراحة القانون اللبناني في تحديد أثر اليمين بدقة الى الخلف العام .

أما المادة 437 ق م أردني فتنص على أن "اقرار المدين المتضامن بالدين لا يسرى في حق الباقين ولا يضار باقي المدينين المتضامنين اذا وجه اليه الدائن يمينا فنكل عنها أو وجه الى الدائن يمينا فحلفها ، أما اذا وجه اليه الدائن يمينا فحلفها فان باقي المدينين يفيدون من ذلك .

أما المادة 1365 ق م فرنسي فتنص على أن "اليمين لا تكون الا حجة لمن وجهها أو حجة لمن تبرأ اليمين ذمة المدين الا بمقدار حصة هذا الدائن ، واليمين الموجهة الى المدين الأصلي تبرأ ذمة الكفيل ، واليمين الموجهة الى أحد المدينين المتضامنين تفيد الباقين واليمين الموجهة الى الكفيل تفيد المدين الأصلي ، وفي الحالتين الأخيرتين فتفيد اليمين الموجهة الى المدين المتضامن أو الى الكفيل سائر المدينين المتضامنين أو المدين الأصلي الا اذا انصبت على أصل الدين لا على واقعة التضامن أو الكفالة ."

ART.1365/ : Le serment ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayants cause ou contre eux; Néaumoins le serment déféré par l'un des créanciers solidaire au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier. Le serment déféré ou débiteur principal libéré également les cautions. Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite au codébiteurs. Et celui déféré à la caution profite au débiteur principal. Dans les derniers cas le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette et non sur le fait de la solidarité ou du contionnement.

232 ق م ج هو أن قواعد التضامن تحتم الخروج عن قاعدة نسبية أثر اليمين حلفا ونكولا ، ولم تتناول هذه المادة التضامن الآن من جانبه السلبي دون الايجابي تاركة هذا الأخير الى القواعد العامة في القياس.

وبالمقارنة مع مثيلتها في ق م المصرى (م 295) وبعد تفحص مجموعة الأعمال التحضيرية لهذا القانون عرفنا بأن قواعد التضامن الايجابي تطبق أيضا بالقياس مع مثيلتها في التضامن السلبي . (1)

أما المادة الفرنسية فقد تضمنت بالاضافة الى قواعد التضامن قواعد الكفالة التي سوف نعود اليها بعد حين.

وعليه فان تطبيق قواعد التضامن مع اليمين تنحصر أكثر في مبدأ النيابة التبادلية في المنافع دون المضار وفيما يلي بعض التطبيقات.

أ — اليمين والتضامن السلبي : SOLIDARITE PASSIVE

اذا وجه أحد المدينين اليمين الحاسمة الى الدائن وحلفها فان أثر هذه اليمين لا يسرى الى بقية المدينين ، ولا يجرى ذمتهم بحكم عدم اعمال النيابة التبادلية فيما يضره .

أما اذا وجه الدائن اليمين الى أحد المدينين المتضامنين على وجود الدين فحلفهـــا ، فان نتيجة هذا الحلف يسرى الى بقية المدينين لأنها تنفعهم ، لكن شرط انتفاع بقية المدينين هو أن تنصب اليمين على أصل الدين لا على التضامن .

وفي حالة ما اذا وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين الى الدائن ونكل عنها فان نتيجة هذا النكول يسرى الى المدينين لأنها تنفعهم وكذلك اذا وجه الدائن اليمين الحاسمة الى المدين المتضامن فنكل عنها فان نتيجة هذا النكول لا يسرى الى بقية المدينين خشية الاضرار بهم .

---

1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى الجزء الثالث ص 90 ، 91 حيث جاء فيها " ويتبع الحكم نفسه في شأن التضامن الايجابي ، فاذا أقر المدين بالدين لأحد الدائنين المتضامنين أو نكل عن اليمين الموجهة اليه منه ، انتفع الباقون من هذا النكول أو ذلك الاقرار .

أما اذا حلف أحد المدينين اليمين فلا يضار بذلك باقي المدينين ، وان حلف أحد المدينين المتضامنين اليمين ... أفاد منها الباقون ، أما اذا نكل فلا يضار الباقون بنكوله هذا " .

ب – اليمين والتضامن الايجابي : SOLIDARITE ACTIVE

اذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين الحاسمة الى المدين وحلفها فان أثر تلك اليمين يبقى قاصرا عليه وحده ولا يسرى الى بقية الدائنين .

أما اذا وجه المدين اليمين الى أحد الدائنين المتضامنين وحلفها فان أثر الحلف يسرى الى البقية .

وبالمقابل اذا وجه أحد الدائنين اليمين الى المدين المشترك ونكل عنها فان نتيجة هذا النكول تسرى الى بقية الدائنين لأنها تتضمن اقرارا بدينهم جميعا فهي تدخل ضمن النيابة التبادلية فيما ينفع.

كذلك اذا وجه المدين المشترك اليمين الحاسمة الى أحد الدائنين المتضامنين ونكل عنها فان أثر ذلك النكول يبقى قاصرا على حصته فقط دون أن يسرى الى بقية الدائنين وكما ذكرنا آنفا فان تطبيق هذه القواعد مرهون بانصباب اليمين على أصل الدين لا على التضامن . (1)

---

1) نفس المعنى لدى :
– السنهوري في الوسيط ج 2 ص572 .
– أحمد نشأت في رسالة الاثبات ج 2 ص157 .
– الأخضر بن عزى فكرة النظام وتطبيقاتها في الجزائر، رسالة دكتوراه الدولة لسنة 1974 ص 50 .
– ادوار عيد في قواعد الاثبات ج 1 ص444 .
– سليمان مرقس في الاقرار واليمين ص188 .
– مارتي ورينو القانون المدني ج 2 الالتزامات الفقرة 793 ص795 ط سيرى 1962 .

الفرع الثاني

آثار اليمين وقواعد الكفالة (1)

CAUTION

أول ما تذكرنا به الكفالة هو علاقة التبعية التي تربط بين الكفيل والمدين الأصلي ، تلك التبعية التي تخضع هي الأخرى لقواعد النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر وذلك لاقتراب مركز الكفيل من مركز المدين المتضامن .

بحيث اذا وجهت اليمين الى المدين الأصلي وحلفها استفاد منها الكفيل ببراءة ذمته بالتبعية . وكذلك اذا وجهت للكفيل وحلفها استفاد من ذلك المدين الأصلي ما تعلقت اليمين بالدين . أما اذا وجهت للمدين الأصلي ونكل عنها فلا يسرى أثر النكول الى الكفيل ، وأيضا اذا وجهت للكفيل ونكل عنها فلا يسرى أثرها الى المدين الأصلي ما تعلقت بأصل الدين أيضا .

الفرع الثالث

آثار اليمين وقواعد عدم القابلية للانقسام (2)

اذا وجهت اليمين من أحد المدينين المتعددين المشتركين في الالتزام غير القابل للانقسام الى الدائن وحلفها فلا يسرى أثرها الى بقية المدينين أما اذا نكل عنها فيستفيدون منها جميعهم . كذلك اذا وجهت اليمين من طرف الدائن في الالتزام غير القابل للانقسام الى أحد المدينين المتعددين فان حلفها فأثرها يسرى الى بقية المدينين وان نكل عنها فلا يؤثر ذلك النكول الا على ذمته .

أما اذا وجهت من أحد الدائنين المتعددين في هذا الالتزام الى المدين وحلفها فأثرها يقتصر على ذلك الدائن وحده . أما اذا نكل عنها فيستفيد من ذلك بقية الدائنين .

وبالمقابل اذا وجه اليمين في هذا الالتزام الى أحد الدائنين فاذا حلفها انتفع بذلك باقي الدائنين ، واذا نكل عنها اقتصر أثر نكوله عليه وحده ويلاحظ هنا أن صفة عدم القابلية للانقسام جعلت من تعدد أطراف التزامها حالات أشبه بكثير من حالات التضامن بنوعيه الايجابي والسلبي ، مما حتم استعمال النيابة التبادلية بين هؤلاء الأطراف . ولتفادى الاشكالات التي يمكن أن تحدث في حالة تعدد أطراف الخصومة في توجيه اليمين عندما يكون موضوع الدعوى غير قابل للانقسام فانه يجب تحديد الخصم الملتزم

---

1) ادوارعيد قواعد الاثبات ج 2 ص 445 _ السنهورى ج 2 ص 572 .
_ الأخضر بن عزى فكرة التضامن ص 36 .

2) ادوارعيد قواعد الاثبات ج 1 ص 446 .

بصفة أصلية ،والذى ينوب عن غيره في أداء اليمين أو النكول عنها حتى تسرى آثارهـــا الى بقية الخصوم . (1)

البـــاب الـثـــانـــي

اليـــمين المـــتمـــة أو المكـملــــة

SERMENT SUPPLETIF OU SUPPLETOIRE

سميت هذه اليمين بتسميات مختلفة سواء في القوانين العربية أو في فرنسا أو في الشريعة الاسلامية .

اذ أخذت تسمية اليمين المتمة في القانون المدني الجزائرى وقانون الاثبات المصـــرى والقانون المدني العراقي (2) ويسميها الفقه العربي باليمين المكملة (3) أيضا . كما سميت في فرنسا باليمين المتمة (serment suppletif) (ou suppletoire) أو اليمين الــتي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها (serment d'office) أما في فقه الشريـعـــة الاسلامية فقد سميت باليمين المنضمة . (4)

ورغم اختلاف التسمية في القوانين الوضعية فان الاتفاق حول الهدف أو النتيجة واحـــد اذ أن هذه اليمين وسيلة لاتمام نقص في أدلة مقدمة قبلها من جهة ومتمة أو مكملة لقناعة القاضي بالحكم وفق تلك الأدلة الناقصة أو عدم الحكم بها من جهة أخرى .

بينما الهدف منها في الفقه الاسلامي هو تكملة أدلة ناقصة أيضا ،ولكن النتيجة الحتميـــة هي فصل النزاع اثر أدائها أو النكول عنها . ولسوف أعود الى كل هذا في أوانه عـلـــى أن أبحث في هذه اليمين بنفس النهج الذى بحثت به اليمين الحاسمة ،مبتدئا بالتعريف بها وبيان طبيعتها القانونية ثم توجيهها ،والآثار المترتبة عن ذلك .

---

1) نفس الحل قال به أحمد أبو الوفاء في : الاثبات في المواد المدنية والتجارية ص 226
2) المواد 349 ،350 ،330 ،من ق م ج والمواد 119 ،120 ،121 ،من قانـــون الاثبات المصرى ،والمادة 483 من القانون المدني العراقي .
3) ادوار عيد في قواعد الاثبات ج 1 ص 447 .
4) يحيى بكوش في أدلة الاثبات ص 328 .

تعريف اليمين المتممة

لقد عرفها المرحوم السنهوري بأنها " يمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأى من الخصمين عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليلا غير كاف على دعواه ليتم الدليل باليمين ". (1)

كما عرفها أحمد نشأت بأنها "اليمين التي يوجهها القاضي لأحد الخصمين ليتم بها اقتناعه". (2)

وعرفها أيضا اسماعيل غانم بأنها "اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لكي يستكمل الأدلة المقدمة في الدعوى ". (3)

أما يحيى بكوش فقد عرفها بأنها "اليمين التي يوجهها القاضي بصفة تلقائية الى أحد الأطراف المتخاصمة لغرض تكملة اقتناعه حول مسألة متنازع فيها بقيت غامضة أو ناقصة الدليل. أما ادوارعيد فقد عرفها بأنها " اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه على أحد الخصمين ليكمل بها دليلا غير كاف قدمه هذا الخصم على دعواه. (5)

ما يمكن استنتاجه من هذه التعاريف هو اتفاقها في المعنى مع اختلاف صيغها، وأنها متفقة على أن هذه اليمين توجه من طرف القاضي الى أحد الخصمين ولا توجه من طرف الخصم ولا يمكن ردها من الخصم الموجهة اليه على الخصم الآخر.

أما ما يمكن ملاحظته من اختلاف في هذه التعاريف هو الغرض من توجيه اليمين اذ يعتبرها بعض الفقهاء بأنها وسيلة لاتمام نقص الأدلة. (6) ويعتبرها آخرون وسيلة لاكتمال قناعة القاضي بتصديق أحد الطرفين (7)، وهناك رأى ثالث يذهب الى أنها وسيلة لاتمام نقص الأدلة، وتكميل قناعة القاضي (8) وفي رأيي أن هذا الاختلاف يرجع أساسا الى تحديد الطبيعة القانونية لهذه اليمين، فاذا اعتبرت وسيلة من وسائل الاثبات حتى وان كانت ناقصة فهي توجه من أجل تقوية دليل ضعيف حتى يمكن الحكم لصاحبه ان حلفها، أو عليه ان نكل عنها.

---

1) السنهوري في الوسيط ج 2 ص573.
2) رسالة الاثبات ج 2 ص160.
3) النظرية العامة للالتزام ج 2 ص530 ط 1967 الناشر مكتبة عبد الله وهبة.
4) أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري ص328، وكذلك
PIERE VOIRIN Manuel de droit civil P 860 page 382.
5) قواعد الاثبات ج 1 ص447.
6) تعريف السنهوري في التعريف السابق وكذلك تعريف اسماعيل غانم وادوارعيد في تعريفه.
7) تعريف أحمد نشأت.
8) يحيى بكوش.

أما اذا اعتبرت اجراء قانوني يزيد في قناعة القاضي بأن أحد المتخاصمين صادقا في ادعائه أو كاذبا بالحلف أو النكول ومن ثم يطمئن الى اصدار الحكم .

وفي رأيي أن اليمين المتممة وسيلة اثبات ذات قوة محدودة ،فهي فعلا لا يمكن أن يستدل بها لوحدها بل لابد من تواجد أدلة قبلها في الدعوى ومتى وجهت يجب الاخذ بنتيجتها ،ولا تترك الحرية للقاضي الآن في اختيار من توجه اليه ،وهذا ما يتماشى مع منطق المواد القانونية في البلاد العربية التي تقول في نهاية مادة اليمين المتممة " ليبني على ذلك حكمه " وما يتماشى أيضا مع رأى فقهاء الشريعة الاسلامية الذين يرتبون الحكم على نتيجة اليمين حلفا ونكولا . ومما يؤكد رأيي هذا أنها تخص دائما بمكانة بين وسائل الاثبات الاخرى في موادها الموضوعية لا في المواد الاجرائية .

الطبيعة القانونية لليمين المتممة

لقد وصفها الفقيه السنهوري بأنها واقعة مادية يلجأ اليها القاضي لاستكمال الأدلة، ومن ثم اعتبرها طريقا من طرق الاثبات ذات القوة المحددة، أو ذات الأثر التكميلي. (1)

كما وصفها الأستاذ يحيى بكوش بأنها عمل اجرائي لتقصي الحقيقة، ونفي كونها عقدا، أو مصالحة، أو عملا قانونيا، أو دليلا مستقلا.

وبشأنها قال الأستاذ سليمان مرقس بأنها ليست عقدا ولا صلحا ولا عملا قانونيا، ولا حتى دليلا، وانما هي اجراء يتخذه القاضي رغبة منه في استقصاء الحقيقة بماله من دور توجيهي في الدعوى أعطاه أياه المشرع خروجا من مبدأ الحياد الذى يقصر وظيفته في القضاء على تقدير الأدلة التي تقدم اليه فحسب.

من هنا يتضح لنا أن هذه اليمين ليست تصرف ارادى كما قلنا بشأن اليمين الحاسمة لأن عنصر الارادة فيها معدوم من الطرفين المتنازعين ومن ثم لا يمكن أن تكون عقدا، ولا صلحا ولا تحكيما لنفس العلة.

أما القول بأنها اجراء قانوني لتقصي الحقيقة يلجأ اليه القاضي فهو محفوف بالمخاطر التي تجعل القاضي خصما وحكما في نفس الوقت من جهة، وتتناقض مع ورود هذه اليمين من بين طرق الاثبات وتأسيس الحكم على نتيجتها من جهة أخرى.

وعليه لم يبق الا تكييف اليمين المتممة بأنها طريقا من طرق الاثبات التي جعل للقاضي فيها دور ايجابي كي يتحرى الحقيقة، كما هو الشأن في دوره في استدعاء من يرى شهادته مفيدة في شهادة الشهود، وأمره بالخبرة، ومحاولته الحصول على الاقرار وانتقاله الى المعاينة أو أمره بها الى غير ذلك من توجيه القاضي للاثبات في الدعوى.

---

1) الوسيط ج 2 ص 574.
2) أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائرى. ص 329.
3) من طرق الاثبات الاقرار واليمين . ص 196.

واليمين المتممة تمثل دليلا ناقصا يقوم بوظيفة تكميلة غيره من الأدلة المقدمة للقاضي ، وهذا ما تؤكده مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري . (1)
ومن ثم فهي وسيلة اثبات قانونية أمد بها المشرع القاضي لاستكمال ما هو مرجوح لديه من الأدلة ، وهو عادة ما يوجهها الى من يرى كفته أرجح من الخصمين .
ويضاف الى هذا أن هذه اليمين قررها المشرع كي يكفر عن القيود التي فرضها على القاضي في أسلوب الاثبات المقيد ليبرز الدور الايجابي الذى يمكن أن يلعبه القاضي في توجيه الدعوى بعد أن قيده في العمل بوسائل الاثبات الاخرى . (2)

1) المجموعة ج 2 ص 462 حيث جاء فيها (وتعتبر اليمين المتممة دليلا تكميليا اضافيا كما هو ظاهر من اسمها ، ويجوز أن يرتب عليها الفصل في النزاع ولكن قد لا يكون توجيهها ضروريا لهذا الفصل ، ولا تعتبر اجراءات التحقيق التي تيسر للقاضي تحصيل دليل خاص تقتضيه العدالة ، ويكون له ما لغيره من قوة الالزام لأنها تفترض توافر عناصر الاثبات لها مكانتها ، وان كانت أوفى مرتبة من الدليل " .

2) نفس المعنى لدى السنهوري في الوسيط ج 2 ص 574 هامشه

الفصل الأول

توجيه اليمين المتممة

DELATION DU SERMENT SUPPLETOIRE

ان الكلام عن توجيه اليمين المتممة يستوجب تحديد من يوجهها ، والموجهة اليه ، وشروط توجيهها ، وتحديد مجالها في الزمان ، والموضوع، وهل يمكن الرجوع عنها .

المبحث الأول

من يوجه اليمين المتممة

تنص المادة 348 من ق م ج على أن "للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا الى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في (قيمة) ما يحكم به..."
وتقابل هذه المادة في القانون الاثبات المصرى م 119 ، وفي أصول المحاكمات اللبنانية المادة 237 ، وفي القانون المدني العراقي المادة 482 ، وفي القانون المدني الفرنسي المادة 1366 ، وفي مشروع القانون الفرنسي الايطالي المادة 319 . (1)

---

1) المادة 119 من قانون الاثبات المصرى تنص على أنه "للقاضي أن يوجه اليمين المتممة الى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به" .
والمادة 237 من أصول المحاكمات اللبنانية مطابقة للمادة المصرية في المعنى وكذلك المادة 482 من القانون المدني العراقي فهي متطابقة نصا وروحا مع المادة الجزائرية والمصرية .
ـ أما المادة 1366 من القانون المدني الفرنسي فهي مطابقة تمام التطابق مع النص اللبناني ومن ثم مع النص الجزائرى . ونفس الكلام عن المادة 319 من المشروع الفرنسي الايطالي .

ART.1366/ : Le juge peut déféré à l'une des parties le serment ou pour en faire dépendre la décision de la cause ou seulement pour déterminer le montant de la condannation.

أول ما يلاحظ على المادة 348 ق م ج أن مشرعنا لم ينص صراحة على أنها تتعلق باليمين المتممة كما فعل نظيره المصرى في المادة المقابلة لها .

كما يلاحظ ثانيا سقوط عبارة "قيمة "ما يحكم به من النص العربي رغم تواجدها في النص الفرنسي من الجريدة الرسمية الجزائرية .

واذا رجعنا الى سؤالنا من يوجه اليمين المتممة؟ فاننا نجد الجواب عنه في المادة المذكورة أعلاه .

فالقاضي هو موجه هذه اليمين دون غيره ،وقد منحه المشرع هذه المكنة القانونية ،ومنحه أيضا الحرية في اختيار الخصم الذى سيلقى عليه هذا العبء ،والذى سيعفيه منه ،ويرجع معظم الفقهاء تفسير هذا الدور الايجابي الذى يتمتع به القاضي الى أنه تكفيرا من المشرع على تقييده لحرية القضاء في بقية وسائل الاثبات . (1)

وخشية من جور القضاء في استعماله هذه السلطة ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين الى معارضة تواجد هذه اليمين أصلا في مواد القانون الفرنسي ،اذ يعتبرون ذلك عيبا خطيرا ينقل الدعوى من ميدان القانون الى ميدان الضمير . (2)

ويشاطرهم الرأى الاستاذ نشأت عندما ينصح بندرة استعمال هذه اليمين ،اذ يرى أن الاصل في القاضي أن يفصل في الادلة ،ولا يضعها ولا يقدمها . (3)

ولكن هذه اليمين قد تأكدت واستقرت في القانون المصرى للاسباب التي أوردتها مجموعة الاعمال التحضيرية (4) ،وتبعه القانون المدني الجزائرى لنفس الاسباب التي استدعت بقائها في القانون المدني المصرى في رأيي ،وحسنا فعل مشرعنا اذ أبقى على هذه اليمين التي تمثل الخلاص الوحيد لفاقد الدليل أو ناقصه ،ووسيلة لانهاء النزاعات المعروضة أمام القاضي المحتار بين نقص الادلة والفصل في النزاع المفروض عليه بحكم القانون .

---

1) السنهورى في الوسيط ج 2 ص 574 ،سليمان مرقس الاقرار واليمين ص 196 ، ادوار عيد قواعد الاثبات ج 1 ص 447 .
2) أوبرى وروشار اليها في الوسيط 2 السنهورى ص 573 .
3) رسالة الاثبات ج 2 ص 162 .
4) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى ص 460 ، 461 ، ج 3 .

هذا بالاضافة الى أن العمل بهذه اليمين فيه تمسكا بطريقة اثبات ذات أهمية بالغة في فقه الشريعة الاسلامية ،اذا كانت تتمم نقص الشهود ، سواء في الاثبات بالشاهد واليمين أو اليمين والمرأتين ،وكانت تستعمل في الاثبات الجزائي أيضا كما في القسامة واللعان ،لكن استعمال اليمين المتممة في الفقه الاسلامي كان ذا أثر ايجابي بحيث يتوقف فعلا مصير النزاع على نتيجة اليمين حلفا أو نكولا ومن ثم فحرية القاضي الاسلامي تتوقف عند اختيار الخصم الذى توجه له هذه اليمين دون أن تتعداها الى مرحلة بعد الحلف أو النكول ،اذ لابد على القاضي أن يحكم للموجهة اليه اذا حلف أو عليه اذا نكل .
واذا تأملنا بدقة في النصوص الوضعية التي تنظم هذه اليمين والتي ذكرناها آنفا نجد أن المقننين يقصدون العمل الاجبارى بنتيجة هذه اليمين بدليل أنها تنص جميعها بما معناه "ليبني (أى القاضي) على ذلك حكمه في موضوع الدعوى" ،وبذلك يقرون ما عمل به الفقه الاسلامي منذ (14) أربعة عشر قرنا خلت.
لكن الفقه العربي الوضعي اعتاد أطلاق حرية القاضي في التوجيه وأثره اقتفاء بالفقه الفرنسي الذى ينتقد وبشدة فكرة تواجد اليمين المتممة ككل ،بحجة زوال الوازع الديني لدى المجتمع. (1)
وأرد على هذا أن زوال الوازع الديني عندهم لا يعني زواله عند غيرهم ،وخاصة في المجتمع العربي الاسلامي .
كما يحتجون على ذلك بالتخوف من جور سلطة القضاء ،وهذا لا يصح سندا لالغاء مبدأ قانوني جدير بالبقاء للمحافظة على مصالح المجتمع. وكما يجوز للقاضي أن يوجه هذه اليمين لأى شاء من الخصمين فانه يحق للخصم أن يطلب من القاضي أن يوجهها الى خصمه أيضا ،وللقاضي سلطة تقديرية كاملة في الاستجابة الى هذا الطلب أو رفضه .

— 1) بول فيشي جوريس كلاسور لسنة 1979 في مادة العقود والالتزامات فقرة 5 ، ص 4 (اليمين) . (PAUL FIESCHI VIVET)

المبحث الثاني

الى من توجه اليمين المتممة

من نص المادة 348 من ق م ج المذكورة آنفا يتضح جليا أن اليمين المتممة يمكن أن توجه الى أى من الطرفين سواء كان المدعي عليه أو المدعي حسب اختيار القاضي ه

والاصل في حرية القاضي في الاختيار أنها مطلقة اذا أن الشرع لم يقيدها بأى شرط أو معيار، لكن اجتهادات الفقه والقضاء تمخضت عن معايير يهتدى بها القاضي لالقاء عبء الاثبات باليمين على أحد الخصمين حسب الحالة ه

– عندما يرجح القاضي أدلة أحد الطرفين فانه يوجه اليمين الى هذا الطرف ليتمم بذلك رجحان أدلته ه (1)

– وعندما تتكافأ لديه أدلة الطرفين فانه يطبق القاعدة الاصولية "البينة لاثبات خلاف الظاهر، واليمين لاثبات الاصل" ه (2)

ومن ثم فاليمين توجه الى المنكر المتمسك بالاصل وهو عادة المدعي عليه وهي قاعدة مستوحاة من فقه الشريعة الاسلامية، ومعتمدة في الفقه الحديث(3) وهي مكملة للحديث الشريف "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" ه

والمعياران معتمدان من طرف القضاء المصرى اذ حكمت محكمة استئناف مصر بأن "القاضي له الخيار في توجيه اليمين المتممة لاحد الخصمين الذى يرى كفته أرجح في الادلة فان تساوت الادلة في نظره فلا مانع أن يوجهها للمدعى عليه، لان الاصل فيه عدم تعهده ه (4)، ولكن لا يجوز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة للخصمين معا في نفس الوقت بل يجب أن يوجهها الى أحدهما فقط، كما هو واضح في طلب المادة 348 ق م ج "الى أى من الخصمين ه ه ه" لان نتائجها قد تكون معارضة كأن يحلف الاثنان أو ينكلا، وهذا تعارض يزيد القضية تعقيدا ويزيد القاضي ظنونا أكثر، لذلك أوضح الشرع بأن اليمين توجه الى طرف واحد فقط فان حلفها حكم له، وان نكل عنها حكم عليه، وهذا في معظم الحالات وهو الرأى المعقول الذى يتماشى مع الفقه الاسلامي في آثار اليمين ه

---

1) السنهوري في الوسيط 2 ص 577، د وارعيد في قواعد الاثبات ج 1 ص 450 ه

2) وهو المبدأ الذى نص عليه القانون المدني الاردني الجديد في المادة 78 ه

3) السنهوري الوسيط ج 2 ص 677 – محمد شفيق العاني في "الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية" ص 132 ط 1965 جامعة الدول العربية ه

4) حكم 24 نوفمبر 1949 مجلة المحاماة 30، رقم 460 ص 1026 ه

ومع هذا فمعظم الفقه يرى حرية القضاء في الحكم حتى بما يعاكس نتيجة الحكم وسنرجع الى هذا في الآثار فيما بعد .

ويجيز بعض الفقهاء أن توجه أيضا الى الطرف الثاني بعد أن يحلفها الاول أو ينكل عنها . (1) وهو رأى ناتج عن حرية القضاء في تقدير نتيجة اليمين ولا بد أن توجه اليمين الى خصم أصلي في الدعوى ، ومن ثم تستبعد كل نيابة في أداء هذه اليمين ففي الدعوى غير المباشرة مثلا لا يجوز توجيه اليمين الى الدائن الذى رفع الدعوى باسم مدينه بل توجه الى المدين بعد ادخاله في الدعوى .

ولا يشترط في من توجه اليه هذه اليمين سوى أهلية التقاضي لأنها ليست تصرفا قانونيا تظهر فيه حرية الارادة ، وانما هي طريقة اضطرارية بالنسبة للخصم الموجه اليه ، واختيارية بالنسبة للقاضي . ووجه الاضطرار فيها أملته ضرورات العدالة ، ومع هذا فان الموجهة اليه مخير في ذمته وضميره أن يحلف أو ينكل ، لكنه مضطر بأن يسلك احدى الطريقتين لا ثالث لهما اذ لا ترد هذه اليمين كما في اليمين الحاسمة ، والعبرة في اليمين المتممة بحلفها أو النكول عنها ، لأن الوعد بحلفها لا يكفي اذ قد يعدل الموجهة اليه عن وعده بحلفها وقد يموت قبل حلفها وبذلك لا ينتج التوجيه أثره .

ويبقى دائما للقاضي حرية الاختيار في التوجيه ان شاء وجهها الى الخصم الآخر بعد موت الاول ، أو وجهها الى ورثة المتوفى على عدم العلم .

---

1) ادوارعيد قواعد الاثبات ص 451 ، مرقس في الاقرار واليمين ص 201 ،
السنهوري ج 2 ص 577 .

المبحث الثالث

شروط توجيه اليمين المتممة

لقد جاء في المادة 348 من القانون المدني الجزائرى "للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا الى أى من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في "قيمة "ما يحكم به" ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل" وتقابل الفقرة الثانية من هذه المادة في قانون الاثبات المصرى المادة 119، والمادة 238 من أصول المحاكمات اللبنانية، والمادة 482 من القانون المدني العراقي، والمادة 1367 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 320 من المشروع الفرنسي الايطالي (1)

من النصوص يتضح لنا أن توجيه اليمين المتممة مرهون بتوافر شرطين أساسيين بدونهما لا تقوم اليمين المتممة ويكون توجيهها باطلا، بالاضافة الى شروط عامة لتوجيه أى يمين، وسأتناول هذه الشروط في مبحثين، ففي الاول أتناول الشروط الخاصة باليمين المتممة وفي الثاني الشروط العامة.

---

1) الفقرة الثانية من المادة 119 من قانون الاثبات المصرى متطابقة نصا وروحا مع المادة الجزائرية.

أما المادة 238 من أصول المحاكمات اللبنانية فتنص على أنه "لا يجوز للقاضي أن يطلب من تلقاء نفسه تحليف اليمين على الطلب ولا على الدفع الذى يقابله الا اذا توافر الشرطان الاساسيان :

أولا : يجب ألا يكون الطلب أو الدفع ثابتين كل الثبوت.

ثانيا : ألا يكونا مجردين تماما من الاثبات، وفيما عدا هاتين الحالتين يجب على القاضي أن يكتفي بقبول الطلب أو برده" وهي مطابقة لنص المادة 320 من المشروع الفرنسي الايطالي.

ـ أما المادة 482 من القانون المدني العراقي فهي مطابقة تماما للنص الجزائرى.

ـ وكذا المادة 1367 من القانون المدني الفرنسي فهي مطابقة للمادة اللبنانية.

ART.1367/ : Le juge ne peut déféré d'office le serment soit sur la demande soit sur l'exeption qui est opposé que sous les deux conditions suivante, il faut :

- Que la demande ou l'exeption ne soit pas pleinement justifier.
- Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuve.

Hors ces deux cas, le juge doit en adjugérou rejetérpurement et simplement la demande.

المطلب الأول : الشرطان الأساسيان لتوجيه اليمين المتممة .

الفرع الأول

ألا يكون في الدعوى دليلا كاملا

بعد تفحص القاضي للأدلة المقدمة اليه من الطرفين ،المدعي ، والمدعى عليه ،فاذا رأى أن أدلة أحدهما كافية للفصل في النزاع فانه لا يبقى لديه مبررا لتوجيه اليمين المتممة . (1) وهذا ما يؤكد الطابع الاثباتي لهذه اليمين ،فالقاضي لا يلجأ اليها الا اذا تأكد من أن الدليل المعروض أمامه لا يرقى الى مرتبة الدليل الكامل كأن يكون لديه مبدأ ثبوت بالكتابة فيما يجب اثباته بالكتابة ،أو تقدم له قرائن قابلة لاثبات العكس أو بينة مشتبه في صدقها ،أو اقرار جزئي ،فانه يسوغ له في هذه الأحوال أن يوجه اليمين المتممة الى الطرف الذى يرى أن أدلته أرجح أو الى المدعى عليه .

أما لو قدمت له أدلة كاملة ككتابة رسمية أو قرينة قاطعة أو يمين حاسمة فانه لا يحتاج الى توجيه اليمين المتممة لأنها تصبح زائدة لا فائدة منها .

ومقارنة الأدلة هذه تتم عندما يقدم كل من الطرفين أدلته ،أما اذا عجز أحد الطرفين عن اثبات ما ادعاه وأبرز الطرف الآخر أدلته فلا مجال أيضا لتوجيه اليمين المتممة لانتفاء حكمتها .

---

1) يحيى بكوش في أدلة الاثبات في ق م ج ص 331 .

ويجب تسبيب حكم توجيه اليمين المتممة من طرف المحكمة التي وجهتها. والا كان عرضه لنقض المجلس الاعلى . (1)

ويلاحظ على القرار المشار اليه أدناه أنه طبق فيه القانون الفرنسي رغم سريان القانون المدني الجزائري في تاريخ صدوره والمادة المقابلة للمادة المطبقة في القانون المدني الجزائري هي 348 التي نحن بصددها .

ولكن التساؤل المهم هو متى يكون الدليل المقدم ناقصا ؟ أو متى نكون أمام مبدأ ثبوت قانوني ؟

للاجابة عن هذين السؤالين أقول أنه :

— يكون الاثبات بالكتابة ناقصا عندما يعرض في الدعوى ما يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة . ويستوجب بالتالي توجيه اليمين المتممة .

ولقد نص القانون المدني على حالات الاثبات بالكتابة واستوجب فيها توجيه اليمين المتممة لاعتبار هذه الكتابة غير كافية للاستدلال بها وحدها ، وهذه الحالات تتمثل :

---

1) قرار المجلس الاعلى الجزائري في القضية رقم 11664 ليوم 9.3.1977 الذى جاء فيه " ... حيث أن تلاوة القرار المطعون فيه تفيد أن قضاة الاستئناف بعد أن قرروا أن الخبرة التي استند اليها القاضي الاول لا تصلح وحدها أساسا للحكم نظرا للانتقادات الصائبة الموجهة ضدها .

الا أنهم قرروا أن يوجهوا يمينا متممة الى المدعى من دون أن يبينوا الادلة والقرائن التي اعتمدوا عليها خارج نطاق الخبرة المستبعدة .

ومن هنا فان قرارهم جاء مشوبا بعدم التسبيب مخالفا لقواعد الاثبات وعليه قرر المجلس نقضه .

كذلك قرار المجلس الاعلى الجزائري في القضية رقم 12899 الصادر يوم 25.5.77 والذى جاء فيه "يستفاد من دراسة القرار المنتقد أن الطاعن بالنقض استظهر بمحرر عرفي لاثبات ما يدعيه ... وان قضاة الاستئناف قد رفضوا ذلك المحرر بحجة أنه لم يقع طرحه أمام المحكمة . ولكن حيث أنه ليس في القانون ما يمنع الخصم من تقديم ما عسى أن يكون لديهم من وسائل في مرحلة الاستئناف وحيث أن قضاة الاستئناف قد وجهوا على المطعون ضده يمينا تكميلية من دون أن يبينوا الاساس الذى اعتمدوا عليه طبقا للمادة 1367 من القانون المدني (القديم) التي تشترط في توجيه اليمين المتممة من طرف القاضي ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل . وعليه يتعين القول بأن القرار المطعون فيه قد عاره عدم التسبيب مما يبطله وبالتالي نقضه ، وهو قرار غير منشور .

أ ـ فيما نصت عليه المادة 327 ق م ج (1) ، بشأن العقد العرفي المحتج به ضد ورثته وخلفاء موقعه بتوجيه اليمين المتممة ، اليهم على أنهم لا يعلمون أن الخط أو الامضاء هو لمن تلقوا منه الحق .

ب ـ ما نصت عليه المادة 330 ق م ج (2) ، بشأن الاثبات بالدفاتر التجارية فيما بين التجار وغيرهم ، اذ يجوز اعتبارها دليل كتابي ناقص يكمله القاضي بتوجيه اليمين المتممة لأحد طرفي النزاع لاتمام هذا الدليل .

ج ـ بالاضافة الى حالات أخرى لا تكفي فيها الكتابة للاستدلال ويمكن للقاضي في رأيي أن يوجه بشأنها اليمين المتممة .

ـ كحالة الاثبات بصورة الصورة الأصلية اذ جعلها المشرع كوسيلة استئناسية في الاثبات م 326 ق م ج . (3)

ـ كذلك حالة الاثبات بنسخ الرسائل أو البرقيات التي تلف أصلها م 329 ق م ج . (4)

يضاف ذلك الى كل حالة تقدم فيها كتابة تجعل الادعاء قريب الاحتمال .

2 ـ أن تقدير شهادة الشهود هو أمر متروك تقديره للقاضي وحده ، ومع ذلك فان الشهادة بالتسامع مثلا يمكن أن يقبلها القاضي على سبيل الاستدلال ويعتبرها بداءة بينة قانونية يمكن تكميلها باليمين المتممة . وشهادة الرجل الواحد يمكن أن تتم بيمين ، حتى يكمل نصاب الشهادة وشهادة المرأتين يمكن أن تتم كذلك بنفس اليمين لنفس السبب . وتختلف اليمين التي يؤديها الخصم لحسم النزاع عن اليمين التي يؤديها الشاهد قبل تأدية شهادته ، اذ تعتبر الأولى طريقة من طرق الاثبات بينما لا تعتبر الثانية الا اجراء من اجراءات التحقيق ذات الطابع الالزامي التي لا يجوز للافراد

---

1) تنص المادة 327 ق م ج على أنه " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط أو امضاء ، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الانكار ، ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الامضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق "

2) تنص المادة 330 ق م ج على أنه "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة الى أحد الطرفين فيما يكون اثباته بالبينة " .

3) 326 ق م ج تنص في فقرتها الرابعة على أنه "أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخة الأولى فلا يعتد به الا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف" .

4) المادة 329 ق م ج تنص في فقرتها الثالثة على أنه " اذ تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها الا لمجرد الاستئناس" .

الاتفاق على مخالفتها ،ويؤدى الاخلال بها الى بطلان الشهادة أصلا ، (مادة 65) من قانون الاجراءات المدنية الجزائرى . (1)

وامتناع الشاهد عن حلف اليمين بعد قبوله الادلاء بالشهادة يعاقب عليه قانون الاجراءات الجزائية بغرامة من 220 — 2000 دج جح (م 97) (2) .

أما قانون الاجراءات المدنية فقد اقتصر على معاقبة الشاهد الذى يتخلف عن الحضور لجلسة الادلاء بالشهادة بغرامة مدنية تصل الى 50 دج ،واذا تخلف بعد اعادة استدعائه ثانية ترفع الغرامة الى 100 دج (م 67 ق ا م ج) . (3)

بخلاف القانون المصرى فهو يعاقب عن التخلف عن أداء اليمين وعن الامتناع عن الادلاء بالشهادة المواد 68 ، 80 من قانون الاثبات .

وحبذا لو نص على معاقبة الامتناع عن أداء اليمين بعد قبول الادلاء بالشهادة في قانوننا المدني للقضاء على المماطلة في شهادة الشهود .

3 — متى يكون الاثبات بالقرائن ناقصا ؟

من المعلوم أن سلطة القضاء في تقدير واستنباط القرائن القضائية مطلقة ،وأن هذه القرائن تفيده لتحقيق اطمئنانه الى ثبوت موضوع النزاع ،ومن ثم يمكن أن يوجه اليمين المتممة للطرف الذى يرى أن كفته أرجح بالقرائن .

---

1) م 65 ق ا م ج تنص "تسمع شهادة كل شاهد على انفراد بحضور الخصم أو غيابهم ويذكر كل شاهد قبل أداء شهادته اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ،ودرجة قرابته ،ومصاهرته أو تبعيته للخصم .
ويحلف الشاهد اليمين بأن يقول الحق والا كانت شهادته باطلة " .

2) م 97 ق ا ج ج تنص "كل شخص استدعى لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة .
واذا لم يحضر الشاهد يعاقب بغرامة من 200 — 2000 دج .ويجوز توقيع العقوبة نفسها على الشاهد الذى يمتنع رغم حضوره عن أداء اليمين أو الادلاء بشهادته " .

3) م 67 ق ا م ج تنص " ... ويجوز الحكم على الشهود والذين يتخلفون عن الحضور بغرامة مدنية لا تتجاوز 50 دج مع النفاذ المعجل ... واذا تخلف الشاهد بعد اعادة استدعائه ترفع الغرامة الى 100 دج .

الفـــرع الثـــانـــي

ألا تـكـون الدعـوى خاليـة مـن أي دليــل

انه الشرط الثاني والأساسي لتوجيه اليمين المتممة ،مفاده أن الادعاءات والدفوع غير الثابتة أصلا لدى القضاء ليس لها أي اعتبار ولا ينظر اليها ،ومن ثم ترفض هذه الادعاءات أو تلك الدفوع.

وهو شرط جد منطقي وعادل ويتماشى وتطبيق الحديث الشريف "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه".

واليمين المتممة انما تستعمل لاتمام دليل ناقص ،ولا يصح أن تكون كدليل لوحدها كما في اليمين الحاسمة.

اذن لابد من تواجد أدلة غير كافية حتى يستطيع القاضي توجيه هذه اليمين ،ونقص الأدلة كما ذكرنا يختلف من دليل لآخر فهو في الكتابة توافر مبدأ ثبوت بالكتابة على الأقل ،وفي شهادة الشهود شهادة ناقصة (1) ،أو اقرار جزئي ،في الاقرار (2)، وقرينة بسيطة في القرائن. (3)

---

1) لقد أقر المجلس الأعلى الجزائري تكملة شهادة الشاهد الواحد بيمين مكملة بقرار جاء فيه "ولكن حيث يمكن تكملة شهادة الشاهد الواحد في الخصومات المتعلقة بالحقوق المالية بيمين مكملة اذ يقوم هذا الاثبات المركب مقام البينة الناتجة من شهادة شاهدين". قرار يوم 16.04.1969 منشور من طرف وزارة العدل ص202.

2) لقد أقر المجلس الأعلى العمل بتكملة الاقرار الجزئي باليمين المتممة بقرار جاء فيه " ان الاقرار الصادر من المدعى عليه أمام قضاة الاستئناف يكون هو المبرر الوحيد لدعواه وأن قضاة الموضوع لم يخالفوا أية قاعدة من قواعد البينة اذ اعتبروا تأكيد ذلك الاقرار بيمين متممة ... ". قرار يوم 27.03.1968 ،منشور في مجموعة الأحكام ص30.

3) لقد أقر المجلس الأعلى تكملة القرينة بيمين متممة بقرار جاء فيه " ان قضاة الموضوع ابتداء واستئنافا استخلصوا من عناصر الدعوى أنه يوجد مبدأ ثبوت لصالح المطعون ضدها ـ كون السيارة المتنازع عليها من اعيان الشركة ـ فوجهوا لها اليمين المتممة ... فانهم بنوا حكمهم على أساس قانوني سليم ". قرار يوم 14.04.1982 تحت رقم 24456 غير منشور.

المطلب الثاني : الشروط العامة لليمين المتممة .

بالاضافة الى الشرطين الأساسيين لتوجيه اليمين المتممة فانه لابد من مراعاة شروط عامة تشترك فيها مع اليمين الحاسمة وهذه الشروط سبق أن تطرقت اليها وسأذكر بايجاز ما يلزم منها لهذه اليمين ،فلابد لتوجيه اليمين المتممة :

– أن تنصب على واقعة قانونية لا على قاعدة قانونية لأن اثبات القواعد القانونية من مهام القضاء .

– أن تنصب اليمين على واقعة منتجة في الدعوى ومتعلقة بها .

– أن تنصب على واقعة يشترك فيها الخصمان ،والا انصبت على علم أو عدم الورثة والخلف .

– ألا يكون محلها مخالفا لقواعد النظام العام والآداب .

– أن يترتب على توجيهها فصلا في موضوع الدعوى عملا بنص المادة 348 من ق م ج .. ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى ... وأحيل الى الاستزادة في هذه الشروط الى مثيلتها في شروط توجيه اليمين الحاسمة .

المبحث الرابع

نطاق اليمين المتممة

DOMAINE DU SERMENT SUPPLETOIR

ان تحديد نطاق اليمين المتممة يستوجب تحديد مجالها الزماني والموضوعي كما فعلنا بشأن اليمين الحاسمة .

المطلب الأول : النطاق الزماني لليمين المتممة .

بما أن اليمين المتممة وسيلة لاكمال نقص الأدلة الأخرى فانها لا تصح أن تكون كأول وسيلة للاستدلال في موضوع الدعوى . اذ لابد أن يعرض على القاضي أدنى حد ممكن من وسائل التدليل حتى يمكنه أن يفكر فيها .

اذن فميقاتها الزماني يبدأ بعد تقديم أدلة أخرى في الدعوى ،ثم تبقى امكانية توجيهها مفتوحة لغاية انتهاء المرافعة وقبل وضع القضية في المداولة .

بل هناك رأي في الفقه يرى امكانية اعادة القضية من المداولة وتوجيه اليمين المتممة بشأنها اذا رأى القاضي أنها أفيد ،اذ المهم هنا أن توجيه اليمين قبل النطق بالحكم . (1)

وتوجه اليمين بشأن الموضوع سواء في المرحلة الابتدائية أو في مرحلة الاستئناف لدى المجالس القضائية .

ويمكن توجيه هذه اليمين في مرحلة الاستئناف سواء لأول مرة أو عند النظر في قضية وجهت هذه اليمين بشأنها في المرحلة الابتدائية ،لأن قضاة المرحلتين يتعرضون للقضية من حيث الموضوع والوسائل التي تقوم للاثبات، في المرحلة الاستئنائية يمكن أن تختلف عن التي قدمت في المرحلة الابتدائية .

أما عن امكانية توجيه اليمين المتممة أمام المجلس الأعلى فمستبعدة . (2)

---

1) ادوارعيد قواعد الاثبات ج 1 ص452 .
أحمد نشأت ج 2 ص174 .
السنهوري الوسيط ج 2 ص577 .

2) أنظر الصفحة 63 من الرسالة .

المطلب الثاني : النطاق الموضوعي لليمين المتممة •

ان اليمين المتممة يمكن توجيهها من طرف القاضي لاتمام نقص أي دليل مهما كان نوع القضية المعروضة عليه دون تحديد لقيمة النزاع أو الوسائل المقدمة فيه • ولا يحد من هذا الاطلاق سوى عدم توجيهها بشأن قاعدة قانونية لأنّ اثبات القواعد القانونية من اختصاص القاضي •

كما لا يجوز توجيهها بشأن واقعة مخالفة للنظام العام والآداب•

لأنّ المشرع منع تواجد هذا النوع من التصرفات أصلا ومن باب أولى ألاّ يشرع لمرتكبيها ما يمكنهم من اثباتها •

كما لا يجوز أن توجه لاثبات أمر مخل بالشرف لأنّ ذلك يؤدى حتما الى حلف اليمين كذبا ، اذ يعتبر النكول عنها في هذه الحالة اقرار بأمر مشين • (1)

وما عدا ما ذكر يمكن توجيهها في كل نزاع مدني أو تجاري مهما كانت قيمته ومهما كانت وسيلة اثباته بعد تحقيق شروطها الأساسية المذكورة آنفا •

ويضاف اليها ألاّ توجه اذا اتضح أنها غير منتجة في الدعوى كأن تكون الأدلة المقدمة فيها كافية لاثباتها •

وأن تنصب على واقعة شخصية للموجهة اليه وألاّ انصبت على عدم علمه ويمين عدم العلم (أو العلم) ، هنا تأخذ حكم اليمين المتممة في تكملة النقص في وسائل الاثبات• (2)

وغير ضروري أن تنصب اليمين المتممة على واقعة النزاع بأكملها بل يمكن أن تنصب على جزئية منها يراها القاضي ناقصة الاثبات وباثباتها يكتمل اقتناعه في الدعوى •

كما يمكن أن تنصب على واقعة جانبية تصلح لأنّ تكون قرينة على ثبوت الواقعة الأصلية (3)

---

1) نشأت ج 2 ص172•

2) نفس المعنى للأستاذ السنهوري ج 2 ص 581 ، وكذلك نشأت في ص 173•

3) مرقس الاقرار واليمين ص203 ويورد لنا مثل على ذلك بقوله (لو دفع المدعى عليه المطالبة الموجهة اليه في دين معين بأنه وفاه ، ثم أقرض هذا بعد ذلك المدعي مبلغا آخر بعد حلول الدين الأول وايفائه وأن المدعي سدد له هذا الدين الآخر ، فان واقعة القرض الثاني وايفائه تصلح قرينة على سبق ايفاء القرض الأول ويجوز توجيه اليمين المتممة عليها ليستخلص القاضي من حلفها أو عدمه قرينة على ثبوت القرض الأول وايفائه أو على ثبوته) •

ونفس المعنى السنهوري في الجزء 2 ص580•

المطلب الثالث : مجال اليمين المتممة لدى فقهاء الشريعة الاسلامية .

أول ما تجدر الاشارة اليه هو أن اليمين المتممة بالمعنى القانوني في القوانين الوضعية لم يتناولها فقهاء الشريعة الاسلامية .

اذ اليمين عندهم تكمل شهادة الشاهد الواحد أو شهادة امرأتين ،وهي عندهم يمين تفصل في النزاعات التي توجه بشأنها ،واجبارية للقاضي والخصم في حالة تأديتها والفقه الحديث متجه نحو هذا الرأي . (3)

أما خصائص اليمين المتممة في القانون الوضعي فقد رأينا بأنها ليست فاصلة للموضوع واختيارية للقاضي في توجيهها وللخصم في أدائها أو العدول عنها .

أما اليمين التي تتم الشهادة في الفقه الاسلامي فمجالها ثابت ومتفق عليه فيما يخص الأموال.وجمهورهم يدخل في مجالها أيضا ما يؤول الى الأموال .

كما أن الفقه متفق على عدم توجيهها في الحدود أما ما هو بين ذلك فمختلف فيه بين مجيز ومانع.

فالمجيزون قالوا بأن الأحاديث الواردة بشأن اليمين مع الشاهد جاءت عامة ويجب أن تأخذ على عمومها . (1)

أما المانعون فقالوا بأن الأموال أقل خطرا من سائر الحقوق لذلك فانها وحدها التي تصلح بأن تكون مجالا لليمين مع الشاهد (اليمين المتممة) بالاضافة الى استنادهم الى أحاديث نقدها الأستاذ عبد المنعم البهي وخرج بنتيجة نهائية أنها غير كافية لمنع توجيه هذه اليمين في غير الأموال . (2) وما دام القانون الوضعي يأخذ بشهادة الشاهد الواحد في المواد الجنائية فأولى به أن يأخذ باليمين مع الشاهد (اليمين المتممة) فيها . ومن باب أولى فيما يؤول الى مال .

وبهذا أضم رأيي الى ما قال به الفقيهان عبد المنعم البهي وابن حزم ،في تعميم استعمال اليمين المتممة في سائر الحقوق عدا الحدود .

---

1) عبد المنعم البهي من طرق الاثبات في الشريعة الاسلامية والقانون ص 1ـ22 وما بعدها .

2) " " " " ص25 وما بعدها .

3) أحمد أبو الوفاء ،الاثبات في المواد المدنية والتجارية ص240 طبع 1983 .

المطلب الرابع : امكانية الرجوع في توجيه اليمين المتممة •

لقد قلت آنفا بأن للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في اختيار من يوجه اليه اليمين المتممة من الخصمين • ويترتب على منحه هذه السلطة أنه يمكنه الرجوع في أى وقت عن توجيه اليمين قبل أدائها ، سواء قبلها الطرف الموجهة اليه أو لم يقبلها • فالرجوع اذن ممكن فمثلا : اذا تبين للقاضي بعد أن وجه اليمين وبعد اعادة فحص الملف أن الأدلة المقدمة فيه كافية فيرجع عند ذلك عن توجيهها •

كذلك الحال اذا قدمت له بعد توجيه اليمين أدلة كافية تجعل اليمين تزيدا لا فائدة منها •

وقد يكون سبب رجوع القاضي عن توجيه اليمين هو توجيهها الى الطرف الثاني لمجرد أنه رأى أن هذا أو ذاك جدير بهذا التوجيه • والرجوع في اليمين قد يتم قبل الموافقة عليها من الموجهة اليه أو بعد ذلك •

وليس للخصم الموجهة اليه أن يحتج بقبوله أداء هذا اليمين لأنها ملك للقاضي لا له اذ يمكن أن يكون القاضي يختبر رد فعله عن اليمين فقط • ويبقى الحق في الرجوع للقاضي الى آخر وقت في المرافعة • أما اذا أديت اليمين أو نكل عنها فان القاضي لا يمكنه الغاؤها ثم توجيهها الى الخصم الثاني بعد أن حلفها الأول أو نكل عنها ، لأن ذلك يتعارض وطبيعة اليمين ، وقيمتها الدينية ، مع العلم أن القاضي غير مجبر على الأخذ بنتيجة اليمين (حلفا أو نكولا) ، فيمكنه أن يحكم على من حلفها أو يحكم على من نكل عنها (1) وهذا عكس اليمين الحاسمة فان نتيجتها اجبارية للقاضي بعد أن تتم اجراءاتها بطريقة صحيحة •

المطلب الخامس : امكانية اثبات عكس اليمين المتممة •

غالبية الفقهاء متفقون على امكانية اثبات كذب اليمين المتممة بالطرق المدنية أمام محكمة الاستئناف • ومن باب أولى يمكن اثبات ذلك عن طريق المحاكم الجزائية كما هو الحال بالنسبة لليمين الحاسمة (2) في المادة 346 ق م ج المذكورة آنفا •

---

1) نفس المعنى أحمد نشأت ج 2 ص 174 ، وكذلك السنهوري جزء 2 ص 581 •
— سليمان مرقس في الاقرار واليمين ص 454 •

2) سليمان مرقس الاقرار واليمين ص 206 — ادوار عيد ج 1 من قواعد الاثبات ص 457 ويؤدى هذا الرأى الى ما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية (ومع ذلك فاليمين المتممة طريق من طرق الاثبات فيجوز نقض دلالتها باثبات العكس — ويجوز للحضور في هذه الحالة أن يدعى مدنيا للمطالبة بالتعويض أمام المحاكم الجنائية ويجوز له أيضا أن يطعن في الحكم بالطرق المقررة) ج 3 ص 462 وكذلك السنهوري ج 2 ص 585 هامش 1 •

وتقريرهم في ذلك ينبني على أن محاكم الاستئناف ليست ملزمة بنتيجة اليمين التي أخذت بها المحاكم الابتدائية من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان حجية اليمين المتممة قاصرة جدا إذ لا تلزم الآمن حلفها أو نكل عنها أما القاضي والخصم فلا تلزمهم في شيء ، فالقاضي يستطيع أن يأخذ أو لا يأخذ بنتيجتها . كذلك الخصم الآخر يستطيع اثبات عكسها فيما تبقى له من طرق الطعن .

وهذا الحكم يتفق والفقه الاسلامي الذى يقرر امكانية اثبات عكس اليمين المؤداة متى تمكن المعني من الحصول على البينة لانها الاصل ، وما اليمين بصفتها التكميلية الا فرع واذا حضر الاصل ذهب الفرع ، وهو حكم منطقي .

وأنا أؤيد هذا الرأى في امكانية اثبات عكس اليمين المتممة بالطريق القضائي .

الفصل الثاني

آثار اليمين المتممة

EFFETS DU SERMENT SUPPLETOIR

تنص المادة 349 من ق م ج على أنه "لا يجوز للخصم الذى وجه اليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه" وتقابل هذه المادة من قانون الاثبات المصرى المادة 120، ومن أصول المحاكمات اللبنانية م 239، والمادة 485 ق م عراقي والمادة 321 من المشروع الفرنسي الايطالي، ومن القانون المدني الفرنسي م 1368. (1)

من هذه المواد يتضح لنا أن اليمين المتممة تمتاز بعدم امكانية ردها على الخصم الذى قام بتوجيهها، كما رأينا سالفا في اليمين الحاسمة – ومن ثم فإن الموجهة اليه ليس له الا الاختيار بين موقفين لا ثالث لهما – الحلف أو النكول – وقد استبعد الرد لبعدها عن الاحتكام لضمير وذمة الخصم، واعتبارها فقط اجراء ينير للقاضي الطريق للاهتداء الى الحق وهو صاحب السلطة التقديرية المطلقة في توجيهها وتقييم نتائجها، حلفا أو نكولا .

المبحث الأول

حلف اليمين المتممة

PRESTATION DU SERMENT SUPPLETOIR

حلف اليمين يتم وفقا للاجراءات الواردة في قانون الاجراءات المدنية اذ يجب أن يكون الحلف من طرف الشخص الموجهة اليه بالذات دون تمثيل أو توكيل وفقا للمادة 433 ق ا م ج فالخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه" ويكون الحلف في الجلسة أمام المحكمة وبذلك لا يمتد بما يحلف من الايمان خارج المحاكم الا ما كان منها متعلق بانتقال المحكمة (القاضي والكاتب) لتحليف الخصم في الحالة المنصوص عليها في نفس المادة 433 ق ا م ج وهي أن يتغيب لعذر شرعي ثابت ويكون الحلف بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه تبليغا صحيحا لحضور الجلسة التي يتم فيها الحلف، كما يجب أن يكون الحلف بالصيغة التي أقرها القاضي مستهلة "بسم الله العظيم" كما تقررها المادة 344 ق ا م ج المذكورة

---

1) المادة 120 مصرى مطابقة للمادة الجزائرية نصا وروحا، والمادة 239 من أصول المحاكمات اللبنانية تنص على "ان اليمين التي يطلبها القاضي مباشرة من أحد الفريقين لا يمكن ردها على الخصم" وهي تتفق مع المادة الجزائرية أما المادة 1368 قانون مدني فرنسي تنص على أن "اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه الى أحد الخصمين لا يجوز ردها من هذا الخصم على الخصم الآخر" وهو حكم مطابق أيضا للنص الجزائري .

ART.1368/ : Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties ne peut être référé à l'autre par elle.

أما المادة 485 ق م عراقي تنص أن "لا يجوز للخصم الذى وجهت اليه المحكمة اليمين المتممة أن يردها على خصمه وهي تتطابق مع المادة 321 أ م من المشروع الفرنسي الايطالي .

ويحرر القاضي مع الكاتب محضر بحلف اليمين يبقى كوثيقة يستدل بها في ملف القضية وفقا لما نصت عليه المادة 432 ق ا م ج . (1)

اذا حلف من وجهت اليه اليمين المتممة فانه يعتبر قد استكمل النقص الذى يشوب أدلته المقدمة سواء كان هو المدعي أو المدعى عليه .

وقد يحكم القاضي لصالحه ، ولكن هذا الفرض قد يتحقق أو لا يتحقق ، لأن حرية القاضي في ذلك تجعل كل افتراض محل ظن ، رغم أن هذا الفرض مرجع لدى الفقه . (2)

وليس في الأمر ما يمنع القاضي من أن يحكم بناء على اقتناعه بأدلة ظهرت جديدة في الموضوع رغم لحلف اليمين ، بل أكثر من هذا قد يستطيع تأسيس حكمه على اعادة النظر في الأدلة السابقة والاطمئنان اليها بعد الفحص الدقيق ، بل قد يصل به الأمر الى أن يحكم ضد الحالف . وسواء حكم القاضي للحالف أو ضده فان لمحكمة الاستئناف الحرية المطلقة أن تؤيد الحكم أو ترده ، بل ولها أن توجه اليمين ثانية الى من حلفها أو أن توجهها الى الخصم الآخر كما لها أن تحكم في الموضوع من جديد دون توجيه اليمين . (3)

وهكذا نرى أن حلف اليمين المتممة أصبح مجرد اجراء تحقيق غير ذى أهمية لما يغلب عليه من سلطة حكم القاضي الممنوحة له من طرف المشرع ، وهي بهذا الشكل تسلب لليمين بصفة عامة أهميتها الدينية على الخصوص ، وحبذا لو حد من هذه السلطة وقيدت بالحكم للحالف لأنه هو الذى استكمل النقص المزمع لدى القاضي ، وبذلك تترك الحرية للقاضي في التوجيه فقط لا في النتائج . وبهذا تحفظ لليمين قيمتها من ناحية وتحد من سلطة القاضي المطلقة من ناحية أخرى .

ومما يؤيد رأيي هذا قول المشرع "فيبني عليه حكم في موضوع الدعوى" من نص المادة 348 ق م ج المذكورة آنفا . أما في حالة الحنث في هذه اليمين فان الخصم بامكانه أن يثبت كذبها على مستوى المحاكم الجزائية ، وبذلك يعرض الخصم للمتابعة الجنائية المنصوص عليها في المادتين 240 و 241 من قانون العقوبات الجزائرى اذ تنص المادة 240 على أن " كل شخص وجهت اليه اليمين أو ردت عليه في المواد المدنية وحلفها كذبا يعاقب بالحبس من سنة الى خمس سنوات وبغرامة من 500 الى 2000 دج .

---

1) المادة 432 ق ا م فتقول "يحرر في جميع الأحوال محضر مثبت لأداء اليمين" .
2) السنهورى ج 2 ص 583 .
— عز الدين الدناصرى وحامد عبد الحميد عكاز في التعليق على قانون الاثبات ص 271 ، أحمد نشأت نفس المعنى في الجزء الثاني ص 174 .
3) السنهورى ج 2 ص 585 . أحمد نشأت ج 2 ص 175 .

أما المادة 241 من قانون العقوبات الجزائري تنص على أنه "في الحالة التي يقضي فيها وفقا لاحدى مواد هذا القسم – ق السابع شهادة الزور واليمين الكاذبة – بعقوبة جنحة وحدها يجوز أن يحكم على الجاني علاوة على ذلك بالحرمان من خمس سنوات على الأقل الى عشر سنوات على الأكثر من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون، من المادتين . يتضح أن القانون الجزائي لم يكتف بالتكذيب بل تعدى ذلك الى جعل الحلف كذبا جريمة جنائية يعاقب عليها بالحبس والغرامة، وهذا ما يضمن لليمين هيبتها، ويحفظها كأداة صالحة للاثبات.

ليس هذا فقط بل ان القانون المدني ضمن لمن صدر ضده حكم على أثر يمين ثبت كذبها أن يطعن في الحكم بالطرق المدنية المقررة (الاستئناف والتماس اعادة النظر) . واذا فاته كل ذلك فله أن يطلب التعويض عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب من جراء اليمين الكاذبة .

وقد أشرت الى ذلك في تكذيب اليمين الحاسمة .

وهناك من الفقهاء من ذهبوا الى امكانية اثبات كذب اليمين المتممة بالطرق المدنية وذلك باثبات عكسها أمام محكمة الاستئناف. (1)

وكذلك الدخول في الدعوى العامة في تكذيب اليمين بالمطالبة بالتعويض المدني .

وبذلك يكون طريق الطعن بتكذيب اليمين المتممة مفتوح على مصراعيه في المدني والجنائي في حين أنه في اليمين الحاسمة لا يمكن اثبات ذلك الا جنائيا .

---

1) نشأت أحمد ج 2 ص 174، فقرة 603 .
– عز الدين الدناصوري وعبد الحميد عكاز في التعليق على قانون الاثبات ص 271 .
– ادوار عيد قواعد الاثبات ج 1 ص 457 .

المبحث الثاني

النكول عن اليمين المتممة

النكول قد يعبر عنه بموقف سلبي يتخذه الموجه اليه اليمين ، ويعتبره جمهور الفقهاء اقرار بالحق المدعى به رغم الصمت الذى قد يلتزمه الموجهة اليه اليمين ، وقد يعبر عنه صراحة برفض أداء اليمين .

هذا التصرف يفسر بالاقرار بحيث اذا نكل من وجهت اليه اليمين المتممة فان موقفه في القضية يتزعزع لأن أدلته السابقة كانت ناقصة ، وبقيت ناقصة ، وما توجيه اليمين له الا بغرض تقويتها وتكملتها فاذا رفض فذلك يعني أنه ليس على حق .

وعلى هذا الأساس اتجه معظم رجال الفقه والقضاء الى الحكم ضد الناكل . (1) ويرى الفقيه السنهورى بهذا الشأن امكانية توجيه اليمين المتممة للخصم الآخر بعد أن نكل عنها الخصم الموجهة اليه أولا . (2)

لكن حرية القضاء في تقدير الحلف تلحق تقديره للنكول أيضا ، ومن ثم فليس هناك ما يمنع القضاء بأن يحكم للناكل بنكوله ، أو بعناصر جديدة حلت بالقضية أو بمجرد الأدلة المقدمة سابقا بعد مراجعتها والتدقيق فيها .

والحكم الابتدائي الصادر على أثر النكول عن اليمين المتممة لا يقيد الاستئناف في شيء فقاضي الاستئناف يستطيع أن يحكم بما شاء .

فله أن يحكم بما يخالف الحكم الابتدائي ، وله أن يوجه اليمين المتممة من جديد لمن شاء من الطرفين ، سواء استمر الناكل هنا في نكوله أو عدل عنه .

المهم هو أن النكول والحلف في اليمين المتممة لا يقيد أن القاضي في شيء لدى الفقه والقضاء . (3)

وان كنت أرى في ذلك أنها حرية دونما سبب ويجب تقييدها بالنتائج التي يسفر عنها الحلف أو النكول كي تصبح مكملة بمعنى الكلمة .

---

1) ادوارعيد قواعد الاثبات ج 1 ص458 ، فقرة 233 .
ـ السنهورى ج 2 ص586 .
ـ عزالدين الدناصورى وحامد عبد الحميد عكازه في التعليق على قانون الاثبات ص 271 .
2 و 3) السنهورى ج 2 ص586 ، فقرة 314 .

المبحث الثالث : مقارنة اليمين الحاسمة باليمين المتممة .

من دراسة اليمين يمكن أن يجرى بينهما مقارنة بسيطة لاظهار أهم الفروق :

1- من حيث التكييف : تكيف اليمين الحاسمة بأنها تصرف ارادى يصدر عن موجهها يقابله تصرف من جانب الموجهة اليه بالحلف أو النكول أو الرد .

بينما تكيف اليمين المتممة بأنها اجراء من اجراءات التحقيق يكمل به القاضي اقتناعه بالأدلة المقدمة .

2- من حيث التوجيه : اليمين الحاسمة أداة اثبات في يد الخصم يوجهها متى شاء . بينما اليمين المتممة أداة اثبات في يد القاضي يوجهها الى أي من الخصمين متى شاء .

3- من حيث الرد : يستطيع الموجهة اليه في اليمين الحاسمة أن يردها على خصمه وعلى الأخير أن يحلفها أو ينكل عنها .

بينما لا يستطيع من وجهت اليه اليمين المتممة ردها . فهو مخير بين الحلف أو النكول فقط ولأن موجهها هو القاضي .

4- من حيث الآثار : اليمين الحاسمة كما هو واضح من تسميتها تفصل النزاع بصفة نهائية (حلفا أو نكولا أو ردا) .

بينما اليمين المتممة وسيلة تكمل غيرها من البينات ولا تصلح كدليل لوحدها .

5- من حيث سلطة القاضي التقديرية : لا يملك القاضي سلطة تقديرية في اليمين الحاسمة الا من حيث التأكد من توافر شروطها في التوجيه أما بعد أن توجه فهو مجبر على الأخذ بنتيجتها حلفا أو نكولا .

بينما يتمتع بسلطة مطلقة في القوانين الوضعية بشأن نتيجة اليمين المتممة ،فهو حر في الحكم على حالفها أو ضده ،وله أن يحكم بغيرها من الأدلة رغم حلفها أو النكول عنها .

6- من حيث الحجية : الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة هو قضاء قطعي لمن وجهت اليه اليمين فاما أن يحلفها (يربح) أو ينكل عنها (يخسر) أو يردها فان حلفت (خسر) وان نكل عنها (ربح) .

بينما الحكم باليمين بتوجيه المتممة هو حكم (تمهيدى أو تحضيرى) لا يقيد القاضي في شيء .

الباب الثالث

صور أخرى من اليمين

لقد أشرت فيما سبق الى تسميات عديدة لليمين ولم أتناول بالتفصيل الا نوعين وهما اليمين الحاسمة واليمين المتمة ،وسأعطي بقية التسميات حقها ،على أنه تجب الاشارة قبل كل شيء الى أن ما أتعرض له هنا من أنواع اليمين لا ينأى كثيرا عن احدى اليمينين اللتين سبقت دراستهما وسوف أحاول توضيح ذلك في الوقت المناسب على أن أبدأ بيمين التقويم ثم يمين الاستيثاق ويمين العلم ، ثم يمين الاستظهار وأخيرا يمين الاقرار بالكذب .

الفصل الأول

يمين التقويم أو يمين التقدير

لقد نصت المادة 350 ق م ج على أنه "لا يجوز للقاضي أن يوجه الى المدعى اليمين المتمة لتحديد قيمة المدعى به الا اذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى . ويحدد القاضي حتى في هذه الحالة حدا أقصى للقيمة التي يصدق فيه المدعى بيمينه وتقابل هذه المادة في القوانين العربية المادة 121 من قانون الاثبات المصرى ،والمادة 483 من القانون المدني العراقي ،والمادة 240 من أصول المحاكمات اللبنانية ،وفي القانون الفرنسي المادة 1369 ،ومن المشروع الفرنسي الايطالي المادة 322 (1) .

من هذه النصوص يتضح لنا أن هذه اليمين متمة لانها تخضع لاحكامها ولانها سميت كذلك من طرف المشرع في الفقرة الأولى من المادة 350 ،وتسميتها بيمين التقويم أو يمين التقدير تسمية فقهية دلالة على موضوعها الذى لا يتغير دائما .

---

1) في قانون الاثبات المصرى المادة 121 وهي مطابقة للنص الجزائرى تمام التطابق .
وكذلك المادة 483 من القانون المدني العراقي وهي الاخرى مطابقة لها .
وفي تقنين أصول المحاكمات اللبنانية تقابلها المادة 240 بنصها "لا يجوز للقاضي أن يستحلف المدعى مباشرة على قيمة الشيء المطلوب الا إذا إستحال إثباتها بطريقة أخرى ويجب على القاضي أيضا في هذه الحالة أن يعين الحد الاقصى للمبلغ الذى يصدق عليه المدعي بيمينه" . وهي متطابقة مع نص المادة 322 من المشروع الفرنسي الايطالي .
كما تقابلها في القانون المدني الفرنسي المادة 1369 وهي مطابقة حكما لما نعرفه في القانون الجزائرى .

ART.1369/ : Le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de contacter autrement cette valeur.
Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.

اذ هو في كل الحالات تقدير قيمة شيء واجب الرد مجهول القيمة ولا يمكن تقدير قيمته لا عن طريق القاضي ولا الخبير مما يضطر القاضي الى اللجوء الى ذمة المدعي وضميره في حين أن اليمين المتممة عادة لا تتقيد بموضوع معين وهذا ما جعل هذه اليمين تنفـــرد باسم فقهي خاص كما تنفرد بشروط خاصة •

- شروط يمين التقويم : بالاضافة الى كونها يمين متممة لا توجه الا بتحقق شرطاهـــــا الاساسيان •

1- أن يكون في الدعوى دليل كامل •

2- وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل •

وتنفرد بشروط أخرى تضاف الى هذه وهي :

1- أنها توجه الى المدعي فقط (1) ،ولا توجه الى المدعى عليه والا أصبحت مثل اليمين المتممة العادية ،غير أن هناك رأي فقهي لا يرى مانع من توجيهها الى المدعى عليـــه أيضا لتحديد القيمة وخاصة اذا كان محل ثقة القاضي • (2)

2- أنها توجه بشأن تحديد القيمة فقط تلك التي استحال تحديدها بطريقة أخـــرى فهي لا توجه في غير تحديد قيمة المعقود ،ولا تجب حتى في هذه الحالة الا اذا كـــان تحديد هذه القيمة مستحيلا على القاضي بغيرها •

3- أن يعين القاضي حدا أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي بيمينه ،وليس هناك من معايير يقف عندها القاضي عند تحديده للحد الاقصى الا أن بعض الشراح قالوا أنـــه يمكن الالتجاء في ذلك الى شهادة التسامع (3) أو الى ما هو مشاع أمره أو بما يحدده الخبراء حسب رأي في القضاء جاء فيه "لا يجوز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به قبل أن تتحقق عن الحد الادنى للقيمة بواسطة الخبراء • • •) (4)

4- ان في توجيهها من طرف القاضي صفة الاجبار وهي بهذا تختلف بعض الشيء عـــن اليمين المتممة العادية حيث القاضي حر في توجيهها وعدم توجيهها •

---

1) مجموعة الاعمال التحضيرية ج 2 ص465 •

2) نشأت في رسالة الاثبات ج 2 ص179 - واستدل على ذلك بمثال قال فيه "قد يـــودع شخص آخر وديعة اضطرارية فيفقدها المودع لديه ويقر به ،ويكون محل ثقة القاضي د ون المودع) •

3) السنهوري الوسيط ج 2 ص595 هامش 3 ،ويضيف بعضهم الى قيمة ما يكون قد لحـــق المدعي من ضرر وما فاته من كسب• أحمد نشأت في رسالة الاثبات ج 2 ص179 •

4) تميز عراقي من مجموعة المبادئ القضائية القسم المدني ،عبد الرحمن العلام ص378 • قرار رقم 2078/ص2018 ،ص1953 ليوم 13 •01 •54 بند 1227 •

ومن أمثلتها التطبيقية ما ورد في الفقه،أن وديعة أم عارية هلكت بتعدّ ،فيقضي بقيمتها للمودع أو المعير،ومثل ذلك أيضا بيع أو ايجار فسخ وتعذر رد المبيع أو العين المؤجرة بتقصير من المشترى أو المستأجر فيقضي بالقيمة للبائع أو المؤجر،ولكن هذه القيمة استحال تقديرها فوجب الرجوع الى المدعى في تحديدها (1) ويمين التقويم ان كانت تختلف عن اليمين المتممة العادية فيما ذكرت فهي تتفق معها في غير ذلك من الأحكام التي لا سبيل لتكرارها ،لذلك نجد مكانها في الكتب الفقهية دائما في ذيل اليمين المتممة كما أنها في التقنينات تأخذ نفس المكانة وهي يمين لها أصل في الفقه الاسلامي حيث لا تنأى كثيرا عن يمين الاستظهار التي توجه دائما للمدعى أيضا .

وتلحق بيمين التقويم ما تضمنته المادتان 330م ج والمادة 18 قانون تجارى جزائرى .

1- فالمادة 330 من القانون المدني الجزائرى تنص على أن :

" دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار،غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار،يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة الى أحد الطرفين فيما يكون اثباته بالبينة ،وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ولكن اذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه " .

هذه حالة أخرى تضمنها القانون المدني الجزائرى في توجيه اليمين المتممة وهي حالة تخص التعهدات أو المعاملات التي تطرأ بين المدنيين والتجار،وتكون ثابتة في دفاتر التجار،ولكن هذه اليمين لا توجه الا بتوافر شروط أساسية :

---

(1) السنهورى الوسيط ج 2 ص 595 ،وفيه ايضا مشار الى أن كلان وكابتان أوردا مثالا آخر يفقد فيه شخص حقيبته أثناء التنقل في السكة الحديدية بخطأ من الشركة فيحلف صاحبها (المدعى) يمين التقويم على قيمة ما كان في هذه الحقيبة مما تشتمل عليه من متاع

1ـ أن يكون موضوع النزاع يتعلق بتوريدات قام بها التاجر وثابتة في سجلاته . (1)

2ـ أن لا يكون الطرف الآخر تاجر لأن دفاتر التجار تشكل حجة فيما بين التجار .

3ـ أن يكون موضوع التعامل فيما يمكن اثباته بشهادة الشهود أى لا تتجاوز قيمة (1000 دج) .

4ـ وألا يكون مشروطا خضوعه لشكل رسمي . . .

وهذه اليمين تشبه الى حد كبير بيمين التقويم (المتممة) اذ أنها تخص نوع معين من المعاملات، وطائفة معينة من الأشخاص هم المتعاملون مع التجار، وهي كمنحة من المشرع الى الأشخاص الخاضعين لأحكام القانون المدني عندما يتعاملون مع التجار، وحتى يمكنهم المشرع من الاثبات بالطرق البسيطة أعطاهم هذا الضمان لتكملة ما ينقصهم من الأدلة ضد هؤلاء التجار .

ب) ـ وأما المادة 18 من القانون التجاري الجزائري : تنص على أنه " اذا رفض الطرف الذى يعرض عليه الاثبات بالدفاتر تقديم هذه الأخيرة جاز للقاضي توجيه اليمين الى الطرف الآخر . هذه المادة مكملة لما ورد في المادة 330 من القانون المدني الجزائري بشأن الاثبات بدفاتر التجار، ولكنها تحدد بالضبط الطرف الذى توجه اليه اليمين فهي يمين متممة لأن توجيهها يتم من القاضي ولكن الطرف الذى توجه اليه معين قانونيا بحكم هذه المادة .

اذ في المعاملات التي تتم بين التجار وغيرهم يمكن الاستدلال بدفاتر التجار على ما قد ينشأ بشأن هذه المعاملات من النزاعات .

فاذا ما رفض الطرف الذى يطلب منه تقديم هذه الدفاتر الاستدلال بها فانه يكون بذلك قد شك في ادعائه وهذا الشك يمكن تفسيره كقرينة قضائية لمصلحة الطرف الآخر ويمكن تكميل هذه القرينة البسيطة باليمين المكملة التي يستطيع القاضي أن يوجهها الى الطرف الآخر، وبذلك يستكمل القاضي اقتناعه في اقامة الدليل ضد الطرف الذى رفض تقديم الدفاتر . (2)

---

1) تقابلها المادة 458 من القانون المدني العراقي بنصها "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار غير أن البيانات . . . وكذلك المادة 17 من قانون الاثبات المصرى .

2) الأستاذ حسنين المطبوعة الأشخاص والأموال ص 323 .

مقارنة بين اليمين المتممة ويمين التقويم

إن مقارنة يمين التقويم والمتممة تستوجب إبراز أوجه الشبه والإختلاف بينهما •

أولا أوجه الشبه : تتضح أوجه إلتقاء اليمينين فيما يلي :

أ — من حيث موجه اليمين : في كلا اليمينين الموجه هو القاضي •

ب — من حيث الرد : عدم جواز الرد فيهما •

جـ — من حيث الآثار : سلطة القاضي مطلقة في كلا اليمينين فهو حر في الأخذ بنتيجة التوجيه (من حلف ونكول) وعدم الأخذ بها •

ثانيا أوجه الاختلاف : تظهر أوجه الخلاف بين اليمينين في :

ا — من حيث الموجهة اليه : في اليمين المتممة هو أحد الطرفين حسب اختيار القاضي •
بينما هو المدعي دائما في يمين التقويم وذلك بحكم القانون •

ب — من حيث الشروط : يشترط في توجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل •
بينما يشترط في توجيه يمين التقويم أن يكون التقويم مستحيلا وأن يحدد القاضي حدا أقصى للقيمة التي يحلف عليها المدعي •

جـ — من حيث الموضوع : اليمين المتممة توجه في أي نزاع مهما كانت قيمته ونوعه •
بينما يمين التقويم توجه في موضوع النزاع وفي قيمة محددة •

الفصل الثاني

يمين الاستيثاق

التعريف بيمين الاستيثاق : هي تلك اليمين التي توجه لأشخاص معينين وفي حالات معينة قانونا بغية تأكيد قرينة معينة ارتأى الشرع أنها أولى بالرعاية .
وقد نص عليها الشرع في القانونين المدني والتجاري والأسرة ولها أصل في الفقه الإسلامي . (1)

المبحث الأول

يمين الاستيثاق في القانون المدني

المطلب الأول : ما نصت عليه المادة 312 ق م ج .

لقد نصت المادة 312 على أن " تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :
— حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب علائهم .
— المبالغ المستحقة للعمال والأجراء الآخرين مقابل عملهم .
يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة ، أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا وهذه اليمين توجه تلقائيا من القاضي الى ورثة المدين أو الى أوصيائهم ان كان الورثة قاصرين على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء (2) . هذه المادة صريحة في تعيين الطرف الذي توجه اليه هذه اليمين وهو لا يخرج عن أحد الصنفين التاليين :
— المتمسك بالتقادم ، أو ورثة المدين .

---

1) يحيى بكوش في أدلة الاثبات في ق م ج ص 341 .
2) وتقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة 378 وهي مطابقة لها ، وفي القانون المدني العراقي المادة 431 التي تنص على ((لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي لسنة واحدة في الحقوق الآتية :
ا — حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفلسة والسماسرة ، وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل أو تكبدوه من مصروفات .
ب — حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .
جـ — حقوق العملة والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

1 ـ المتمسك بالتقادم : وهو أحد طرفي النزاع الأصلي وهذا يجب أن يؤدى يمين الاستيثاق أو كما سماها البعض يمين القضاء (1) أو يمين الاستبراء على أنه أدى فعلا الدين الذى كان في ذمته للمدعي الذى لا يخرج عن الفئات المذكورة ، وهو بهذا يحلف على فعل نفسه أى على البتات أو ينكل (2) ولسوف يؤخذ بنتيجة حلفه أو نكوله ولذلك فهي تقترب كثيرا في هذه الحالة من اليمين الحاسمة في نتيجتها بحسم النزاع ، (3)

2 ـ ورثة من يحق له التمسك بالتقادم : باعتبارهم خلفاؤه من بعده ، وهم يحلفون على أحد أمرين :

أ ـ أنهم لا يعلمون بوجود الدين وبذلك يكون حلفهم على عدم علمهم بالدين مكملا لقرينة الوفاء المقررة لصالح سلفهم لأن المفروض فيهم أنهم يعلمون كل شيء عن مورثهم وهذه هي يمين عدم العلم ٠

ب ـ أنهم يعلمون بحصول الوفاء من مورثهم وهذه هي يمين العلم وبذلك يجرى القاضي حكمه في الدعوى ٠ وهنا تجدر الاشارة الى أن المشرع أجاز للأوصياء أن يؤدوا هذه اليمين بالنيابة عن الورثة القصر ، وهذا استثناء خرج فيه المشرع عن القاعدة العامة في الفقه والقضاء (4) " الا وكالة في الحلف وان كانت مجازة في الاستحلاف ٠٠ " وهي قاعدة منصوص عليها في القانون العراقي (5) ، ولكن الإشكال الذى قد يحدث في الحالة الثانية هو أن يختلف الورثة في أداء يمينهم فيحلف البعض مثلا على حصول الوفاء والبعض عن عدم علمهم بوجود الدين ، فبما سيحكم القاضي ؟

وكذلك الحال في حالة حلف بعضهم ونكول البعض الآخر ؟

في الحقيقة ، المشرع لم ينص على حلول مثل هذه الافتراضات التي يمكن أن تحدث من الناحية العملية ٠

---

1) أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري ، يحيى بكوش ، ص 341 ٠

2) نصت على ذلك المادة 479 من القانون المدني العراقي بقولها " اذا حلف شخص على فعلة يحلف على البتات واذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم ٠٠٠ " وكذلك محكمة التمييز العراقية في القرار 729 / صلحية 4 ٠ 11 ٠ 947 ، حيث جاء فيه " اذا حلف الشخص على فعل غيره يحلف على عدم العلم واذا حلف على فعل نفسه يحلف على البينات " ٠ المبادىء القضائية ، عبد الرحمن العلام ص 374 ٠

3) سليمان مرقس في الاقرار واليمين ص 192 ٠

ـ حسنين ، نظرية الحق بوجه عام ، الأشخاص والأموال والاثبات في ق م ج ص 405

4) المبادىء القضائية (القسم المدني) عبد الرحمن العلام ص 375 ، تمييز عراقي جاء فيه " لا تجرى النيابة في التحليف ، ومن أجله فتعين النكول من المدعى عليه نفسه لا من قبل وكيل اذ أن نكول الموكل عن الحلف لا يعد نكولا من قبل من وجه اليه اليمين " ٠

5) المادة 473 ق م عراقي بقولها " تجرى النيابة في التحليف ولكن لا تجرى في اليمين " وهي قاعدة معترف بها فقها وقضاء وكملة للقاعدة المذكورة في الهامش 2 أعلاه ٠

ولكن بالرجوع الى القواعد العامة أرى أنه لابد من تطبيق قاعدة الشك يفسر لصالح المدين والشك هنا يأخذ من الناحية العددية للورثة الحالفين والناكلين فمتى كان عدد الحالفين أكثر فالشك يفسر لصالحهم ، وحتى في حالة تساوى الحالفين والناكلين فالقاعدة صالحة للتطبيق أيضا. أما اذا فاق عدد الناكلين فان القاضي وحده هو الذى تبقى له السلطة التقديرية حسب ظروف كل حالة على حدة .

المطلب الثاني : ما تضمنته المادة 327 في ق م ج .

حيث جاء فيها " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط أو امضاء أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الانكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلموا أن الخط أو الامضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق وتقابلها المادة 14 من قانون الاثبات المصرى ، مع أن المادة المصرية أضافت فقرة ثالثة تحرم التمسك بالانكار ممن يناقش الموضوع قبل هذا التمسك. (1)

هذه الحالة تختلف من الأولى في كونها يمين عدم العلم فقط وتختلف من يمين الاستيثاق العادية فهي توجه الى ورثة المدعى عليه أو خلفائه كي يحلفوا بأنهم لا يعلموا أن الخط أو الامضاء المدعى به على مورثهما صادرا فعلا منه فلا يطلب منهم الانكار بل يكفي منهم تقرير علمهم بأن الخط أو الامضاء صادرا عمن تلقوا منه الحق ، وهي تشكل دليلا في حد ذاتها اذ تكمل قرينة أخرى أو دليلا آخر كما رأينا في المادة السابقة ولكن تعتبر بداية لفتح تحقيق في تزوير هذا الخط أو الامضاء . (2)

- ولقد حاول الأستاذ سليمان مرقس التفرقة بين الاستيثاق ويمين العلم . (3)

- أحاول أن أستخرج هذه الفروق وأضيف اليها ما أمكنني من المادة الجزائرية .

1- يمين الاستيثاق توجه للمدعى ويحلفها على فعل نفسه أو ينكل عنها ، بينما يمين العلم أو عدمه ، توجه الى الورثة أو الخلفاء ليدلوا بمعلوماتهم ويؤكدوا صدقها باليمين . فالاختلاف هنا راجع الى أن الفريق الأول يحلف من واقعة شخصية بينما يحلف الفريق الثاني على واقعة قام بها غيره .

---

1) الأستاذ حسنين محمد في مطبوعة الأشخاص والأموال والاثبات ص 316 .
وعز الدين الدناصورى ، وحامد عبد الحميد عكاز في التعليق على قانون الاثبات ص 26 .

2) أحمد نشأت في رسالة الاثبات ج 2 ص 182 .

3) سليمان مرقس في الاقرار واليمين ص 191 وما بعدها .

2– كلتا اليمينين – الإستيثاق والعلم – غير مقترنتين دائما اذ قد ينص المشرع على أحداهما دون الاخرى كما هو الحال في نص المادة 327 ق م ج أعلاه والتي تنص على يمين العلم فقط بينما تقترنان في مواد أخرى كما سنرى في المواد 461، 528 من القانون التجاري الجزائري •

3– ان يمين الإستيثاق قد ترتبط مع يمين الاعتقاد وهي الاخرى تختلف بعض الشيء عن يمين العلم في حين أنها تختلف اختلافا جوهريا عن يمين الاستيثاق •

فيمين الاعتقاد تختلف عن يمين العلم – كما سنرى – في كون مؤديها يحلف على مجرد اعتقاده، والاعتقاد يحتمل كثيرا من الظن، بينما مؤدي يمين العلم يحلف عن يقين مما يعلمه، كما أن يمين الاعتقاد تفترق عن يمين الاستيثاق في أن مؤدي الاخيرة يكون متأكدا تمام التأكيد من موضوع يمينه •

المبحث الثاني

يمين الاستيثاق في القانون التجاري

في المواد : 461، 467، 528 •

ان يمين الاستيثاق هذه ليست قاصرة على القانون المدني بل امتدت الى القانون التجاري اذ تنص المادة 461 منه على أنه (جميع الدعاوى الناشئة عن السفتجة والمرفوعة على قابلها تسقط بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ الاستحقاق، وتسقط دعاوى الحامل ضد المظهرين أو الساحب بمضي عام واحد من تاريخ الاحتجاج بالمحرر في المدة القانونية أو من تاريخ الاستحقاق اذا كانت السفتجة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاريف، وتسقط دعاوى المظهرين على بعضهم البعض أو على الساحب بعد مضي ستة (6) أشهر ابتداء من اليوم الذي سدد فيه المظهر السفتجة أو من عدم رفع الدعوى عليه •

لا تسري مدة التقادم في حالة رفع الدعوى الا من يوم آخر اجراء قضائي، ولا يطبق التقادم اذا كان قد صدر حكم أو اعتراف بالدين بموجب اجراء مستقل •

لا يكون لانقطاع التقادم من أثر الا بالنسبة لمن أتخذ ضده الاجراء القاطع على أن الاشخاص المدعى عليهم بالدين يلزمون عند الطلب بأداء اليمين على براءة ذمتهم •

كما يلزم ورثتهم أو خلفاؤهم على أن يؤدوا يمينا على أنهم يعتقدون عن حسن نية أنه لم يبق شيء من الدين، وكذلك ما نصت عليه المادة 528 الخاصة بأحكام الشيك من نفس القانون على انه يجب على المدعى عليهم عند الطلب (التمسك بالتقادم) أن يؤدي

اليمين أنه لم يبق بذمتهم شيء منه • كما يلزم ورثتهم أو خلفاؤهم أن يؤدوا يمينا على أنهم يعتقدون عن حسن نية أنه لم يبق شيء من الدين) •

أما المادة 467 منه فقد جاء فيها "تطبق على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالسفتجة فيما لا يتعارض مع طبيعته وذلك في الأحوال الآتية ••• التقادم 461) وهي مذكورة أعلاه •

من هذه المواد الثلاثة يتضح لنا القسط الوافر الذى أعطى لهذا اليمين في القانون التجارى الجزائرى •

كما يتضح لنا بأن المشرع الجزائرى وسع مجال هذه اليمين لتشمل قرينة التقادم المتوسطة المدى والقصيرة (بثلاثة سنوات (3) وسنة واحدة (1) وستة أشهر (6)) في كل من السفتجة والشك والسند لأمر في حين لم يشمل في القانون المدني كما رأينا سوى قرينة الوفاء بمضي سنة واحدة فقط، كما وسع مجال تطبيقها على الأشخاص لتشمل المحررين أو المظهرين أو الحاملين أو الساحبين كلا حسب مدة التقادم المقررة له على حسب اختلافها تبعا للمسؤوليات الملقاة على عاتق كل واحد من هؤلاء •

كما أن المشرع نص على توجيه هذه اليمين الى من يخلف هؤلاء من ورثة على أن يحلف يمين الاعتقاد التي هي نوع من يمين الاستيثاق ولكنها مخففة حيث لا تصل الى يمين العلم (وعدم العلم) كما ذكرت بصدد يمين الاستيثاق في القانون المدني • لأن يمين الاعتقاد أو عدم الاعتقاد ما هي الا اجراء تكميلي في الاثبات يتم به القاضي ما بقى له من شك في اثبات واقعة الوفاء ، ولأن الاعتقاد فيه كثير من الاحتمال لدى الحالف نفسه ، فهو غير متأكد من حصول قرينة الوفاء كما أنه غير متأكد من عدم حصولها أيضا •

أما من يحلف بيمين العلم أو عدم العلم فهو يحلف على مسألة شخصية هي علمه أو عدم علمه بحصول الوفاء •

المبحث الثالث

يمين الاستيثاق في قانون الأسرة

لقد نص قانون الأسرة الجديد على نوعين من يمين الاستيثاق تتعلق احداهما بيمين الصداق ،وثانيهما بيمين متاع البيت.

المطلب الأول : يمين الصداق.

تنص المادة 17 من قانون الأسرة الجزائرى على أنه "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين .

واذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين .

فالشارع جعل العمل بهذه اليمين متوقف على شرطين :

1 ـ الدخول : فالمرحلة التي تفصل بين الدخول وقبله هي التي تحدد الطرف الذى توجه اليه اليمين .

فهي توجه الى المرأة أو ورثتها فإذا وقع النزاع قبل الدخول فان قرينة تصديق الادعاء تكون في جانب المرأة أو ورثتها من بعدها .

أما اذا وقع النزاع بعد الدخول أو بعد البناء فان قرينة التصديق تكون في جانب الزوج أو ورثته من بعده .

والحكمة من جعل الدخول كحد فاصل هو أن الصداق عادة ما يعين يوم الخطوبة ثم يسدد جزئيا لغاية الزفاف،لذلك فهو يبقى دين في ذمة الرجل قبل الزفاف،ولكن يفترض أن يسدده قبل الدخول .

2 ـ الا تكون هناك بينة : لكي يمكن أن توجه يمين الصداق الى أحد الطرفين أو ورثته لابد أن تكون الدعوى خالية من أى دليل لأنه مع تواجده يستغنى عن اليمين .

المطلب الثاني : يمين متاع البيت.

تنص المادة 73 من قانون الأسرة على أنه "اذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة ،فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء .

والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال .

والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين " .

هذه اليمين هي الأخرى أوقفها المشرع على شرطين :

1- ألا تكون هناك بينة : ألا يمتلك أي من الطرفين دليلا على ما يدعيه لانه مع الدليل تستبعد اليمين .

2- قرينة العادة : ان معيار تعيين الطرف الذى توجه اليه اليمين هو ما جرت عليه العادة في المنطقة ،فاذا انصب النزاع على شيء جرت العادة أن يكون من نصيب النساء فانه يؤخذ بقول الزوجة ويضاف اليه يمينها .

أما اذا انصب على شيء جرت العادة على نسبته للرجال ،فانه يصدق قول الزوج ويستوثق فيه بيمينه .

هذا فيما يخص الاشياء التي يمكن أن تميز للرجال أو للنساء .أما فيما يتعلق بالاشياء التي جرت العادة على أنها مشتركة لا ينفرد بها أى من الزوجين فانها تقسم بينهما مع اليمين .

فاليمين هنا تشكل دليل التملك الوحيد الذى يكمل القول بالاشتراك في الشيء .

المبحث الرابع

تقسيم يمين الاستيثاق

ان يمين الاستيثاق يمكن تصنيفها من حيث قيمتها الثبوتية الى ثلاث درجات :

أ- يمين الاستيثاق التي يحلفها المدعى عليه أو المدعى هذه اليمين تقترب من اليمين الحاسمة في الاثبات لان مؤديها يحلف على فعل شخصي .

2- يمين العلم التي توجه الى الورثة أو الخلفاء وهي أقل من الأولى في درجة الاستيثاق بها لأن مؤديها لا يحلف على فعله بل على فعل غيره سواء كان على علمه الشخصي أو علم غيره . (بالتسامع) .

3- يمين الاعتقاد التي يحلفها الورثة (الخلف) بشأن تقادم ديون الأوراق التجارية وهؤلاء لا يحلفون على ما صدر منهم ولا على ما يعلمون من غيرهم ،ولكن يحلفون فقط على مجرد الاعتقاد الذى يحتمل الصدق والكذب .

ولعل هذه الأسباب هي التي جعلت الفقهاء يختلفون في مكانة يمين الاستيثاق فيلحقها بعضهم باليمين الحاسمة (1) ويلحقها آخرون باليمين المتممة . (2)

لذلك أفردت لها مكانا خاصا ،لما تتميز به من خصائص تخرج عن كل من الصنفين رغم أخذها من كليهما .

المبحث الخامس

مقارنة بين يمين الاستيثاق ويمين المتممة

1- أوجه الشبه :

أ - سلطة التوجيه : في كلا اليمينين القاضي هو الذى يملك سلطة التوجيه بعد أن يتأكد من تحقق شروطه •

ب - عدم الرد : لا يمكن الرد في كلا اليمينين •

جـ - الهدف من التوجيه : هو استكمال الأدلة المقدمة في الدعوى •

2- أوجه الاختلاف :

أ - الموجه اليه : القاضي حر في اختيار الطرف الذى يوجه له اليمين المتممة • لكنه مجبر على توجيهها الى طرف معين بذاته في يمين الاستيثاق •

ب - مجال التوجيه : اليمين المتممة توجه في أى نزاع مالي بينما يمين الاستيثاق توجه في حالات ارتأى المشرع أن يوليها حماية خاصة •

جـ - الآثار : للقاضي سلطة مطلقة في تقدير نتيجة اليمين المتممة • لكنه مقيد بنتيجة يمين الاستيثاق حلفا ونكولا •

د - من حيث التكييف : اليمين المتممة اجراء تكميلي اختيارى يلجأ اليه القاضي لتكملة اقتناعه بالأدلة المقدمة •

أما يمين الاستيثاق فهي اجراء تكميلي اجبارى سنه المشرع لتكملة قرينة قانونية ارتأى أولويتها بالرعاية •

الفصل الثالث

يمين الاستظهار

المبحث الأول : أصلها :

هي يمين أوجبها الفقه الاسلامي لمعالجة حالات معينة بالذات دونتها مجلة الأحكام العدلية ثم نصت عليها بعض القوانين العربية كالقانون المدني العراقي في م 484 ، وقانون البينات السوري في المادة 123 ، والقانون المدني الأردني الجديد في المادة 83 منه . (1)

ولم ينص عليها في القانون المدني الجزائري ومن ثم فان هذه الحالات الخاصة تخضع للقواعد العامة . ولقد اشتهرت بهذه التسمية في الفقه الجعفري (2) وتسمى أيضا بيمين الاستبراء . (3)

والمبدأ العام في هذه اليمين هو أن الفقهاء المسلمين جعلوا منها وسيلة لتأكيد بعض الحقوق رغم تقديم وسائل اثباتها ، وذلك بغية الاحتياط فيها لسببين :

1 _ للاحتياط أكثر في المحافظة على بعض المعاملات التي يغلب فيها طابع الأنانية وحب الذات .

2 _ لاخراج القاضي من حيرة الحكم في هذه المسائل بالتأكيد على المتنازع فيها . (4)

---

1) المادة 484 من القانون المدني العراقي تنص "تحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال التالية :

أ _ اذا ادعى أحد في التركة حقا أو أثبته فتحلفه المحكمة بيمين الاستظهار على أنه "لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من المدين بوجه ، ولا أبرأه ، ولا أحاله على غيره ولا استوفى دينه من الغير ، وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن" .

ب _ اذا استحق أحد المال أو ثبت دعواه ، حلفته المحكمة على أنه "لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم تخرجه من ملكه بوجه من الوجوه" .

جـ _ اذا أراد المشتري رد المبيع لعيب حلفته المحكمة على أنه "لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة" .

_ المادة 123 من قانون البينات السوري أضافت حالة رابعة الى ما سبق وهي : "اذا طالب الشفع بالشفعة حلفته المحكمة بأنه لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه" .

_ المادة 83 من القانون المدني الأردني تنص على ما يلي "لا تحلف اليمين الا بطلب الخصم ولكن تحلفه المحكمة يمين الاستظهار عند الاستحقاق ورد المبيع لعيب فيه وعند الحكم بالشفعة ولو لم يطلب الخصم تحلفه" .

2) أصول الاثبات الفقه الجعفري محمد جواد للغنية ص 186 .

3) أدلة الاثبات ق م ج يحيى بكوش 343 .

4) نفس المعنى لدى ادوار عيد في قواعد الاثبات ج 1 ص 466 .

وهذه الحالات حصرتها المادة 83 من القانون المدني الأردني في أربع (4) حالات كان قد تضمنها قانون البينات السوري من قبل أما القانون العراقي فلم يتضمن الا الثلاثة الأولى منها . وأضاف اليها الأستاذ نشأت حالة خامسة . (1)

المبحث الثاني : حالات يمين الاستظهار .

1– يمين توجه الى كل مدع بدين على أموال الميت : بعد أن يقيم البينة على دعواه وذلك إفتراضا بأن المدعى عليه (الميت) لو كان حيا لامكنه أن يدافع على ماله بدحض الدليل المقدم ضده .

لذلك أوجب القانون ومن قبله الفقه الإسلامي على القاضي أن يوجه هذه اليمين الى كل مدع بدين على ميت حتى يطمأن هذا القاضي من أن المدعى صادق في دعواه ودليله ، وبذلك يكون نكوله عن اليمين كدليل ضده وترفض دعواه ، ويدخل في حكم الميت الغائب ، والمفقود . (2)

ويكون تحليفه على أنه لم يستوف هذا الدين من الميت لا بنفسه ولا بواسطة غيره ، وأنه لم يبرأه ولم يحيله على غيره ، وليس للميت في مقابل هذا الحق رهن . (3)

وهذه اليمين سماها الأستاذ يحيى بكوش "يمين القضاء" ، كما أشار الى أنها من وضع فقهاء الشريعة الاسلامية ولا نص عليها في القرآن أو السنة ، وانما أوجبها الفقهاء على سبيل الاستحسان والاحتياط على مال الغائب ووضعوا لها معيارا يتمثل في أن "كل بينة شهدت بظاهر فانه يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر" . ومثلوا لها بالمرأة التي تطلب النفقة من زوجها المتغيب فان المحكمة تحلفها على أنها لم تطلق ولم يترك لها زوجها مالا تنفق منه . (4)

وقد جعل الفقه الاسلامي هذه اليمين اجبارية بالنسبة للقاضي والمدعى ، وذوي حقوق المدعى عليه :

– بالنسبة للقاضي يتوجب عليه توجيهها الى كل مدع على مال ميت وإلا كان حكمه باطلا وقابلا للنقض (5) ، وكذلك يتوجب عليه الأخذ بنتيجتها .

– بالنسبة للمدعى فهي واجبة عليه سواء قام بحلفها أو نكل عنها وفي الحالتين يتحصل النتيجة لأن حلفه يؤكد اثبات دعواه ونكوله عنها يعني الاقرار بعدم أحقية دعواه .

---

1) نشأت رسالة الاثبات . ص183 .
2) سليمان مرقس الاقرار واليمين واجراءاتها ، ص290 .
3) خليل ، النظرية العامة للموجبات ، ج 3 ص135 ، سليمان مرقس الاقرار واليمين ص 209 .
4) يحيى بكوش في أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري ص342 ، 343 .
5) حكم فيّ محكمة تمييز العراق مشار اليه في كتاب الاقرار واليمين ، سليمان مرقس ونصه كما يلي "واذا قضى للمدعى بما ادعاه على الشركة دون تحليفه اليمين كان الحكم خطأ متعينا النقض" ، ورقمه 1734 حقوقية 65 بتاريخ 7 . 11 . 1965 مجموعة تمييز العراق ج 3 ص141 .

وهو لا يملك ردها كما رأينا في اليمين الحاسمة لأنها يمين متممة في معظم خصائصها وإن كانت تكمل دليلا كاملا وليس هناك من يمكن ردها عليه والمدعى عليه ميت — أو غائب أو مفقود •

ولا يجوز ردها على ممثله الشرعي أو الورثة لأنها حق للميت وحده أو للشركة • (1) بالنسبة لذوى الحقوق الممثلين للمدعى عليه لا يمكنهم التصرف في هذه اليمين لا بالتنازل ولا بالحلف في حالة الرد ، وعليه فهي يمين ذات ميزات خاصة وإن كانت أقرب الى اليمين المكملة لأنها تكمل دليلا ، وتوجه من طرف القاضي وتختلف عنها في أنها اجبارية للقاضي في التوجيه والنتيجة واجبارية للمدعى كذلك •

2— يمين الاستحقاق : وهي يمين توجه الى من يدعي الاستحقاق على مال بعد أن قام باثبات استحقاقه له ليحلف على أنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه من ملكه بأى وجه من أوجه التصرفات • (2) اذا لم يحلف هذا المدعي بهذه الصيغة فانه يكون ناكلا وبالتالي مقرا بعدم أحقية دعواه • ونفس الخصائص المذكورة أعلاه تتميز بها هذه اليمين في كونها لازمة بالنسبة للقاضي والمدعى • ويقول الأستاذ جريج خليل أن أصل هذه اليمين في الفقه الاسلامي مأخوذ عن الامام أبي يوسف (3) كما يرى عدم جدوى هذه اليمين لأن المدعى عليه يتوجب عليه أن يثبت الانتقال المتتابع للمال حتى وصل الى يده والا عد غير مالك له ، وامكانية هذا الاثبات جائزة في عصر التدوين هذا •

3— يمين دعوى رد المبيع للعيب : وهي توجه الى المشترى الذى يطلب رد المبيع للعيب على أنه لم يكن عالما بهذا العيب وقت الشراء ولم يرض به صراحة ولا ضمنا رغم ما يقدمه من أدلة على اثبات العيب وذلك للتأكد من أنه صادق في دعواه مع ضميره ، هذا الضمير الذى يمكن أن يستيقظ في حالة الدعوى الكاذبة خشية العقاب الأخروى لليمين الكاذبة •

---

1) نفس المعنى سليمان مرقس الاقرار واليمين ، ص 209 •
— وكذلك المبدأ 171 من مجلد مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما من جمع أحمد نصر الجندى ط 1973 — ص 75 ، حيث جاء فيه "يقضي الفقه بلزوم يمين الاستظهار بالاجماع في كل موضوع يدعي المدعي حقا في التركة ويثبته بالبينة لأن هذه اليمين حق للتركة لا للوارث حتى لو أبى الوارث تحليف الدائن لا يجابه الى طلبه اذ ربما يكون هناك غريم — أو موصى له فلأجل الاحتياط يستظهر القاضي بهذه اليمين ". القضية رقم 1915 لسنة 1933 المحكمة الشرعية الجمالية جلسة 1934/5/10 ، مجلة المحاماة الشرعية عدد 8 ص 213 •

2) تميز العراق 1744 حقوقية 65 بتاريخ 29•10•1965 مجموعة قضاء تميز العراق ج 3 ص 140 • وكذلك تميز عراقي آخر جاء فيه "اذا أثبت المدعي ملكية للشيء المستحق فيتعين على المحكمة يمين الاستحقاق " ، قرار رقم 261 — 1946 ليوم 27•2•1964 ، بند 1229 من المبادئ القضائية للأستاذ عبد الرحمن العلام ، ص 379 •

3) جريج خليل النظرية العامة للموجبات ج 3 الموجبات (البينات) ص 135 •

وهو لا يملك ردها كما رأينا في اليمين الحاسمة لانها يمين متمة في معظم خصائصها وان كانت تكمل دليلا كاملا وليس هناك من يمكن ردها عليه والمدعى عليه ميت ـ أو غائب أو مفقـود ٠

ولا يجوز ردها على ممثله الشرعي أو الورثة لانها حق للميت وحده أو للشركة ٠ (1) بالنسبة لذوي الحقوق الممثلين للمدعى عليه لا يمكنهم التصرف في هذه اليمين لا بالتنازل ولا بالحلف في حالة الرد ، وعليه فهي يمين ذات ميزات خاصة وان كانت أقرب الى اليمين المكملة لانها تكمل دليلا ، وتوجه من طرف القاضي وتختلف عنها في أنها اجبارية للقاضي في التوجيه والنتيجة واجبارية للمدعى كذلك ٠

2 ـ يمين الاستحقاق : وهي يمين توجه الى من يدعي الاستحقاق على مال بعد أن تم باثبات استحقاقه له ليحلف على أنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لاحد ولم يخرجه من ملكه بأي وجه من أوجه التصرفات ٠ (2) اذا لم يحلف هذا المدعى بهذه الصيغة فانه يكـون ناكلا وبالتالي مقرا بعدم أحقية دعواه ٠ ونفس الخصائص المذكورة أعلاه تتميز بها هـذه اليمين في كونها لازمة بالنسبة للقاضي والمدعى ٠ ويقول الاستاذ جريج خليل أن أصـل هذه اليمين في الفقه الاسلامي مأخوذ عن الامام أبي يوسف (3) كما يرى عدم جـدوى هذه اليمين لان المدعى عليه يتوجب عليه أن يثبت الانتقال المتتابع للمال حتى وصـل الى يده والاحد غير مالك له ، وامكانية هذا الاثبات جائزة في عصر التدوين هذا ٠

3 ـ يمين دعوى رد المبيع للعيب : وهي توجه الى المشتري الذي يطلب رد المبيع للعيب على أنه لم يكن عالما بهذا العيب وقت الشراء ولم يرض به صراحة ولا ضمنا رغم ما يقدمـه من أدلة على اثبات العيب وذلك للتأكد من أنه صادق في دعواه مع ضميره ، هـذا الضمير الذي يمكن أن يستيقظ في حالة الدعوى الكاذبة خشية العقاب الاخروي لليمـين الكاذبة ٠

---

1) نفس المعنى سليمان مرقس الاقرار واليمين ، ص 209 ٠
ـ وكذلك المبدأ 171 من مجلد مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما من جمع أحمد نصر الجندي ط 1973 ـ ص 75 ، حيث جاء فيه "يقضي الفقه بلزوم يمين الاستظهار بالاجماع في كل موضوع يدعي المدعي حقا في التركة ويثبته بالبينة لان هذه اليمين حق للتركة لا للوارث حتى لو أبى الوارث تحليف الدائن لا يجابه الى طلبه اذ ربما يكون هناك غريم ـ أو موصى له فلاجل الاحتياط يستظهر القاضي بهذه اليمين " القضية رقم 1915 لسنـة 1933 المحكمة الشرعية الجمالية جلسة 10/5/1934 ، مجلة المحاماة الشرعية عدد 8 ص 213 ٠

2) تمييز العراق 1744 حقوقية 65 بتاريخ 29٠10٠1965 مجموعة قضاء تمييز العراق ج 3 ص 140 ٠ وكذلك تمييز عراقي آخر جاء فيه "اذا أثبت المدعى ملكية للشيء المستحـق فيتعين على المحكمة يمين الاستحقاق " ، قرار رقم 261 ـ 1946 ليوم 27٠2٠1964 ، بند 1229 من المبادئ القضائية للاستاذ عبد الرحمن العلام ، ص 379 ٠

3) جريج خليل النظرية العامة للموجبات ج 3 الموجبات (البينات) ص 135 ٠

4- يمين الشفيع : وهي يمين توجه إلى طالب الشفعة بعد أن يثبت حقه فيها بأنه لم يتنازل عنها ولم يبطل شفعته ولم يتصرف فيها بأى وجه ،وهذه اليمين ان كانت في التقديم ذات مغزى ،فانها لم تعد كذلك في الوقت الذى قنن فيه حق الشفعة من جميع جوانبه .

وبالقياس على هذه الحالات أضاف القضاء والفقه بعض الحالات مثل :

- يمين الاستظهار التي يحكم بها للزوجة التي تطلب مؤخر مهرها من تركة زوجها المتوفى من أنها لم تستوف هذا المهر من قبل ولم تتنازل عنه ولم تتصرف فيه من قبل بأى وجه من الوجوه . (1)

- يمين الإستظهار للزوجة التي تطلب النفقة من زوجها الغائب من أنه لم يترك لها مصدر عيش ولم يطلقها ولم يعطيها النفقة ،وهي الحالة الخامسة التي أضافها الأستاذ نشأت كما أشرنا سابقا . (2)

غير أنه جاء في حكم آخر عدم تحليفها يمين الاستظهار لنفس السبب اذا كان لديها سند كفالة . (3)

---

1) تمييز عراقي لسنة 1964 ،القرار رقم 462 شرعية ،مشار اليه في كتاب الاقرار واليمين لسليمان مرقس ، ص 211 هامش 1 .

2) نشأت ،رسالة الإثبات ، ج 2 ص 183 .

3) أحمد قصر الجندى "مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما "المبدأ 174 حيث جاء فيه " لا يلزم للزوجة يمين الاستظهار عند طلبها مؤخر الطلاق من الكفيل بمقتضى عقد الكفالة لأن اليمين حق للتركة وهي تطلب شيئا منها " .
القضية رقم 215 لسنة 1935 ،شرعي كلي مستأنف أسيوط 23-8-1936 ،ص 976 .
طبعة 1973 .

المبحث الثالث : مقارنة بين اليمين المتمة ويمين الاستظهار .

لقد تبنى المشرع الجزائري اليمين المتمة ولم يتبن يمين الاستظهار .
ومقارنة اليمينين تتضح بإستخراج أوجه الشبه، وأوجه الإختلاف.

1ـ أوجه الشبه :

أ ـ الموجه : توجه كلا اليمينين من طرف القاضي .

ب ـ الرد : لا يجوز رد اليمين الموجهة في كلا اليمينين .

2ـ أوجه الإختلاف :

أ ـ الموجهة إليه : الموجهة إليه اليمين المتمة هو أحد الطرفين حسب إختيار القاضي .

بينما يكون الموجهة إليه يمين الاستظهار هو الذى يعينه المشرع في كل حالة توجه فيها هذه اليمين .

ب ـ الشروط : توجه اليمين المتمة بتحقق الشرطين :

1ـ ألاّ يكون في الدعوى دليل كامل .

2ـ ألاّ تكون الدعوى خالية من أى دليل .

بينما توجه يمين الاستظهار بعد أن تثبت الدعوى ثبوتا كاملا .

جـ ـ سلطة القاضي في التوجيه بعد تحقق الشروط :

في اليمين المتمة القاضي حر في توجيهها أو العدول عنها الى أدلة أخرى ،
أما في يمين الاستظهار فالقاضي مجبر على توجيهها بعد ثبوت الدعوى .

د ـ الآثار : للقاضي كامل السلطة التقديرية بعد توجيه اليمين المتمة وحلفها فله أن يعمل بنتيجتها أم بعكسها .

أما يمين الاستظهار فهو مجبر على الأخذ بنتيجة توجيهها حلفا ونكولا .

الفصل الرابع

يمين الكذب بالاقرار

هذه اليمين لم ينص عليها في القانون المدني الجزائري ،ولا في غيره من قوانين البلاد العربية .. موضوع المقارنة إلا قانون المرافعات العراقي الذى نقلها عن مجلة الأحكام العدلية والتي منشأها الفقه الاسلامي وبالضبط الفقيه أبو يوسف من فقهاء الأحناف (1)، ومع ذلك فهي كثيرة التطبيق وخاصة في العراق اذ لاحظنا بشأنها أحكاما كثيرة (2) ، ومؤدى هذه اليمين أن من يدعى على شخص بسند دين فيقر له ذلك الشخص (المدين) بالمديونية لكنه يطعن في عدم صحة مكونات سند الدين فيحلف الشخص المقر له على كذب المقر، وبهذا الحلف، أو النكول ، يأخذ الحكم مجراه .

والطعن بالكذب في الاقرار لا يصح الادعاء به الا فيما يمكن الاثبات به بين الأفراد أما ما يثبت أمام الموظف الرسمي فلا يمكن الطعن فيه الا بالتزوير ولا توجه فيه هذه اليمين لأن ذلك يخالف ما هو ثابت بالكتابة الرسمية اذ لا تكفي هنا المصادقة بل لابد من حضور الموظف الرسمي المحرر للسند ،وقد نصت عليها بهذا المعنى المادة 1589 من المجلة بقولها "اذا ادعى أحد كونه كاذبا في اقراره الذى وقع، يحلف المقر له على كون المقر كاذبا ،كما نصت عليها المادة 111 من قانون المرافعات العراقية بما يلي :

"اذا أقر المدعى عليه بالسند المبرز العادى أو المصادق من الكاتب العدل وادعى الكذب بالاقرار جاز له أن يطلب تحليف المدعي اليمين بعدم الكذب بالاقرار، ولا يسمع هذا الادعاء على السندات المنظمة رأسا في كتابة العدل ولا على الاقرار الواقع بحضور المراجع الرسمية ذات الاختصاص اذا صرح في السند بحصول الواقعة بشهادة من الموظف المختص" .

---

1) الاقرار واليمين ص212، سليمان مرقس.

2) لقد جاء في المبادئ القضائية القسم المدني لأحكام محكمة التمييز العراقية لعبد الرحمن العلام لسنة 1957 عدة أحكام منها "يجوز الطعن في مندرجات المحرر منها عدم قبض محتوياته وتحليف المدعى يمين الكذب بالاقرار على هذا الدفع" بند 1233 ، ص 38 . "توجه يمين الكذب بالاقرار بطلب الخصم في الاقرارات المعقودة على قبض مبلغ ولا توجه في كفالة الكفلاء" بند 1234 ص 381 "لا يسمع ادعاء الكذب بالاقرار خلاف منطوق سندات المداينة الصادرة من دوائر الطابو لأنها بمثابة الاعلامات التي تصدرها المحاكم بند 1235 ص 381 .

"لا توجه اليمين في موضوع الادعاء بالكذب بالاقرار بعد انكار السند وثبوته بوجه فني" بند 1237 ص 381 . " اعتراف الدائن بقضية الدين في دائرة الاجراء لا يحرمه من حق الادعاء بالكذب بالاقرار ما لم يكن القبض قد جرى في الدائرة المذكورة" بند 1240 ص 381 .

الملاحظ هنا أن كل اقرار يمكن الادعاء بكذبه ما لم يكن واقعا أمام موظف رسمي أو محرر على مسمعه، وهو دفع خطير قد يؤدى الى التشكيك في كل المعاملات، ويدفع الالتجاء الى الشكليات، ولعل هذا ما أدى بالمشرعين العرب الى الاستغناء عن هذا النص ومنهم المشرع الجزائري، الذى استغنى أيضا عن يمين الاستظهار في حالات معينة ولعل ذلك راجع الى كون حصر بعض المسائل وتخصصها باجراءات خاصة، سوف يجعل من القانون سرد المسائل لا تستحق التخصيص اذ يكفي أن تسرى عليها القواعد العامة لليمين ـ حاسمة كانت أم متممة .

— الخـــلاصـــــة —

مما سبق يتضح لنا أن اليمين من أقدم طرق الإثبات التي عرفتها المجتمعـــات البشرية ،إذ تمثلت في المرحلة البدائية في شكل تضرع من المغلوب الى قوى خفيـة عـن طريق السحر والشعوذة ،اذ كان هذا المغلوب يظن أن تلك القوى الخفية تكون فـــي جانبه وتساعده على التغلب على الظالم .

أما في مرحلة الدليل الالهي فان الاثبات اتسم بالابتهال الى الآلهة كي تنتقم من الخصم وفي آخر هذه المرحلة ظهرت اليمين التي يصدق عليها ما يسمى الآن الحلف أو القسم . ولكن بشكل وهدف آخر،اذ كانوا مثلا يحلفون اليمين ويصحبونها بطلب شيء ما الى المتهم ظنا بأن الآلهة ستستجيب للحالف لا محال .
وكان الكهان يدعون مع الحالف ويطلبون من الآلهة أن تهلك الظالم ،وكانوا يحلفون امّـا على سيوف ويطلبون الآلهة أن تقطع بها رقابهم اذا حنثوا ،أوعلى المقابر طالبين الآلهة أن تعجل بهم اليها اذا حنثوا ،ومنهم من يحلفون بموتاهم ،وكانوا أيضا يحلفون قبـــل النزال معتقدين أن من يحلف كذبا يخسر النزال .

أما في مرحلة الاثبات القانونية ،فان اليمين من بين طرق الاثبات الأولى الـــتي اعتمدتها التقنيات البشرية ،الى جانب الاقرار والقرائن وشهادة الشهود ،ثم تلى ذلك الكتابة ،ولكن تقنين اليمين أخذ صور مختلفة حسب المعتقدات وذلك لأن اليمين قـــول أو إشهاد يرتبط بالمعتقد البشرى لكل مجتمع على حدة .
واستقر بها الأمر في العصر الحديث بأنها اشهاد الله بصفته رب العالمين على صـــدق القول المدلى به ،وان كانت بعض التقنينات تعمل باشهاد الذمة والضمير وقد أصبحـــت لها حماية قانونية ضد من يحنث فيها أو يحلفها كذبا .
واليمين كطريقة للاثبات نوعان "قضائية وغير قضائية ،فالقضائية هي التي تؤدى أمام مجلس القضاء ،وغير القضائية وهي التي تؤدى خارج مجلس القضاء ،ولا اعتبار للأخيرة في الاثبات إلا بالقدر الذى تثبت به أمام القضاء فيما بعد . أما المعول عليها فهي التي تؤدى أمام مجلس القضاء ،وهي في معظم القوانين نوعان " حاسمة ومتممة " .
فالحاسمة يوجهها الخصم الى خصمه كي يحسم بها النزاع وذلك في جميع أنواع المنازعات المالية والتي تؤول الى ذلك.
أما اليمين المتممة أو المكملة فانها توجه من طرف القاضي الى أحد الخصوم كي يكمل بها نقص دليل معروض أمامه .

والى جانب النوعين المشهورين هناك أنواع من اليمين لم تبلغ من الشهرة ما بلغها النوعين المذكورين ،كيمين التقويم ،ويمين الاستظهار،ويمين الاستيثاق ،ويمين الكذب بالاقرار وهي إيمان تلحق لدى الفقه بإحدى اليمينين المشهورتين كما أشرت إلى ذلك في صلب الموضوع.

ولقد حظيت اليمين بمكانة مرموقة بين وسائل الإثبات عبر مرور الأزمان ويرجع ذلك إلى أهميتها من الناحيتين العملية والعلمية .

فمن الناحية العملية يمكن أن نلمس تلك الأهمية بمقارنة بسيطة بين اليمين وما عداها من طرف الإثبات.

فأما الكتابة كطريقة للإثبات وسيدتها في العصر الحالي ،فرغم ما تمتاز به من تهيئة الدليل مسبقا وأنها تشكل دليلا في جميع أنواع الحقوق دون استثناء ،وأنها قابلة للحفظ مدة طويلة دون تغيير أو تبديل ،فانها لا تخلو من عيوب،لا يمكن الاستغناء عن اليمين لتصحيحها ،فهي لا تدل دائما على الحقيقة كما في التزوير،أو الصورية . وقد تضيع الكتابة أو تتلف ولا يجد صاحبها غير اليمين ،وقد تكون عرفية ويطعن في جزء منها فتكمل باليمين .

بالاضافة الى أن هناك جانب كبير من المعاملات لا يخضع لشرط الكتابة كما في المعاملات التجارية .

هذا اذا استثنينا الجهلة والمغفلين الذين لا يستعملون الكتابة في تسجيل معاملاتهم ولا دليل لهم على حقوقهم غير اليمين .

أما شهادة الشهود فبعد أن انقصت قيمتها في الاثبات بظهور الكتابة بحيث قلصتها التشريعات المختلفة إلى نوع معين من التصرفات الثانوية كالتي لا تتجاوز قيمتها 1000دج لدينا في الجزائر(م 333 قمج)وذلك بعد أن كانت أهم وسيلة في الاثبات على الاطلاق الى جانب الاقرار واليمين والقرائن .

ورغم ما تتسم به الشهادة من عيوب قد تصيب ذاكرة الشاهد أو عقله أو خلقه .
فان اليمين تظهر كدليل لا غنى عنه الى جانب شهادة الشهود ،فهي التي تعوضها اذا ما طعن فيها باحدى العيوب المذكورة .

وتجدر الاشارة الى أن اليمين والشهادة توأمان في النشأة والاستعمال ،في فقه الشريعة الاسلامية .

---

1) المادة 333 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه "في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على (1000)ألف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في اثبات وجوده أى انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".
ملاحظة : ويقصد بالبينة هنا شهادة الشهود .

إذ تستقل كل منهما عن الأخرى متى كانت كافية، وتتحد معها متى كانت ناقصة، إذ تكمل كل منهما الأخرى، وهذا كما رأينا في صلب الموضوع عند الكلام عن الشاهد واليمين .

أما الاثبات بالقرائن فنفرق بين نوعيها القانونية والقضائية .

فالأولى تشكل خطابا من الشرع الى كل من القاضي والخصم مما يستلزم تنفيذ نص الشرع سواء في القرائن القطعية أو التي تستكمل بغيرها من وسائل الاثبات كاستكمال قرينة الوفاء باليمين المتممة التي درستها في فقرات يمين الاستيثاق .

أما الثانية أي القرائن القضائية فانها تستوجب استخدام الذكاء في تحضير الاستجواب لجر الخصم الى الاقرار أو غيره، وانها وان استخلصت فانها لا تدل على موضوع النزاع مباشرة بالاضافة الى كون القرائن القضائية قاصرة على نوع محدد من المعاملات م 340 من ق م ج (1)، وكلها حالات تستوجب الاستكمال باليمين أو استبدال القرينة بها تماما نظرا للعيوب المذكورة .

أما عن الاقرار فرغم اعتباره سيد الأدلة لأنه اعتراف من الخصم ضد نفسه فانه لا يخلو من عيوب، فقد يكون صاحبه مكرها، أو متواطئا، أو كاذبا، وعليه فهو كسائر الأدلة يحتمل الصدق والكذب، ومن ثم يمكن أن يجبدل أو يكمل باليمين .

ويتحد الاقرار واليمين في تكييف النكول لدى جمهور الفقهاء، اذ يعتبر النكول إقرارا عن الواقعة المستحلف عليها .

كما يتحدان لدى بعض علماء الفقه في التكييف اذ يجعلهما البعض من بين الوسائل التي تعفي من الاثبات (2) ويجعلهما البعض الآخر وسائل اثبات، (3) هذا عن مكانة اليمين وأهميتها بجانب وسائل الاثبات .

أما المعاينة والخبرة فقد سبق القول بأنها اجراءين من اجراءات التحقيق يمكن أن تسبق أو تكمل أي دليل من الأدلة المذكورة، وبالتالي فاليمين كطريقة للاثبات يمكن أن تسبقها معاينة أو خبرة سواء التجأ اليها القاضي من تلقاء نفسه أو طلبها الخصم .

---

1) 340 ق م ج تنص على أن "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الاثبات بالبينة" .

2) السنهوري ج 2 ص 104، يحيى بكوش في أدلة الاثبات ص 206، ادوار عيد في نظرة الالتزام ص 670 .

3) سليمان مرقس في الأدلة الخطية ص 104، أحمد نشأت ج 1، ص 93 (حيث اعتبرها من أنصاف الأدلة)، يحيى عبد الودود في دروس قانون الاثبات ص 31 (حيث اعتبرها أدلة احتياطية) .

أما الأهمية العلمية لليمين كطريقة للاثبات فنلمسها من خلال الجدالات الفقهية والقضائية التي ثارت ولا تزال قائمة بشأن معظم عناصرها سواء تعلق الأمر بطبيعتها القانونيـــة أو توجيهها على سبيل الاحتياط، أو النيابة في توجيهها ، ومدى تدخل القاضـي فـــي توجيهها وفي آثار حلف اليمين كذبا ، وفي ردها والنكول عنها .

بالاضافة الى ما بقي لحد الآن من صعوبة في مقارنتها مع مثيلتها في فقه الشريعـــة الاسلامية سواء من حيث الأنواع أو الآثار الناتجة عن حلفها أو النكول عنها .

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن اليمين كوسيلة للاثبات رغم ما وجه لهـا مـــن انتقادات فانها احتفظت بمكانة مرموقة بين بقية الوسائل بل فهي آخذة في تدعيم مكانتها في بعض التقنيات العربية الاسلامية ، وذلك بتقنين بعض أنواع اليمين من فقه الشريعـــة الاسلامية والتي لا وجود لها في تقنينات الدول التي تسير في فلك التشريعات الغربيـة لاتينية كانت أو أنجلو سكسونية .

والمثل الحي لهذا تقنين المشرع الجزائري ليميني الصداق ، ومتاع البيت في قانون الأسرة لسنة 1984 ، والمشرع السوري ليمين الاستظهار في قانون البينات الصادرة سنة 1947 وتلاه في ذلك المشرع العراقي في القانون المدني سنة 1951 ، وقد تعمق في الأخـــذ بقواعد الشريعة الاسلامية أكثر المشرع الأردني في القانون المدني الجديد الصـــادر سنة 1976 . والأمل يحدونا في أن يسعى المشرعون العرب مستقلا الى التقرب أكثـــر من أحكام الشريعة الاسلامية ، وفقهها ، والتنصل بقدر الامكان من الأحكام الاستعمارية .

بهذه الأمنية أكون قد أتيت على نهاية خلاصتي آملا في الله أن يوفقني بـأن أنال رضا أساتذتي وزملائي الحقوقيين فيما قدمته بين صفحات هذا البحث مستسمحـــا أياهم عما يكون قد بدر مني من خطأ .

وســلام على المرسلـين والحمـد للــه رب العـالمـين .

—ملحق المواد المتعلقة بالاثبات باليمين في التشريع الجزائري —

ا — المواد المتعلقة باليمين في القانون المدني الجزائري .

المادة 232 : لا يسري اقرار أحد المدنيين المتضامنين بالدين في حق الباقين واذا نكل أحد المدنيين المتضامنين عن اليمين الموجهة اليه أو إذا وجه هذه اليمين الى الدائن وأداها هذا الاخير فلا يضار بذلك باقي المدنيين واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدنيين المتضامنين وحلفها المدين فيستفيد منها الباقون .

المادة 312 : تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :
- حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لاشخاص لا يتجرون فيها ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة ، وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .
- المبالغ المستحقة للعمال والاجراء الآخرون مقابل عملهم . يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا وهذه اليمين توجه تلقائيا من القاضي الى ورثة المدين أو الى أوصيائهم ان كان الورثة قاصرين على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء .

المادة 327 : يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط وامضاء . أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الانكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الامضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق .

المادة 330 : دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار ، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة الى أحد الطرفين فيما يكون اثباته بالبينة ، وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ولكن اذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه .

المادة 343 : يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين اذا كان الخصم متعسفا في ذلك . ولمن وجهت اليه اليمين أن يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها اذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقيل بها شخص من وجهت اليه اليمين .

المادة 344 : لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ، ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص وجهت اليه اليمين فان كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أي حالة كانت عليها الدعوى .

المادة 345 : لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أنْ يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين •

المادة 346 : لا يجوز للخصم اثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذى وجهت اليه أو ردت عليه على أنه اذا أثبت كذب اليمين بحكم جنائي فان للخصم الذى أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون اخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذى صدر ضده •

المادة 347 : كل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها ، خسر دعواه •

المادة 348 : للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا الى أى من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به •
ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل •

المادة 349 : لا يجوز للخصم الذى وجه اليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه •

المادة 350 : لا يجوز للقاضي أن يوجه الى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به الا اذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى ويحدد القاضي حتى في هذه الحالة حد أقصى للقيمة التي يصدق فيه المدعي بيمينه •

المادة 574 : لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الادارة لا سيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء • والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الاعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص • الا اذا كان العمل من التبرعات . الوكالة الخاصة لا تحول للوكيل الا القدرة على مباشرة الامور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الامور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى •

ب ـ المواد المتعلقة باليمين في قانون الاجراءات المدنية الجزائري .

المادة 432 : يحرر في جميع الأحوال محضر مثبت لأداء اليمين .

المادة 433 : اذا وجهت اليمين الى خصم في نزاع أو ردت عليه فان الخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه بالجلسة، وفي حالتها اذا تغيب لعذر شرعي ثابت بصفة قاطعة فيجوز أداء اليمين أمام القاضي الذي ينتقل لمكان المطلوب تحليفه اليمين، يعاونه في ذلك الكاتب .
وفي جميع الأحوال يكون حلف اليمين بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه لحضور الجلسة .

المادة 434 : يؤدي الخصم اليمين بالجلسة أو أمام القاضي بالعبارة الآتية :
(أحلف بالله العظيم)، وانما يجوز للقاضي أن يقبل أو يأمر أن تكون تأدية اليمين بالصيغة والأوضاع المقررة في ديانة الحالف، وفي هذه الحالة يحدد الحكم ميعاد ومكان حلف اليمين .

المادة 468 : عندما يتعلق الأمر بسماع شهادة أو حلف يمين أو ايداع كفالة أو استجواب أحد الخصوم، أو تعيين خبير أو أكثر، وعلى العموم عند القيام بأي اجراء تنفيذ لأمر أو لحكم صادر من احدى الجهات القضائية، وكان الخصوم أو الأماكن موضوع النزاع بعيدة جدا، فيجوز للقضاة أن ينتدبوا قاضيا من محكمة مجاورة حسبما تتطلب الحالة .
واذا كانت الانابة القضائية يقتضي تنفيذها في الخارج فتحال الى السلطة المختصة عن طريق وزير العدل ما لم تنص الاتفاقيات السياسية على غير ذلك .

ج ـ المواد المتعلقة باليمين في القانون التجاري الجزائري .

المادة 18 : اذا رفض الطرف الذي يعرض عليه الاثبات بالدفاتر تقديم هذه الأخيرة جاز للقاضي توجيه اليمين الى الطرف الآخر .

المادة 149 : لا يجوز أن يتدخل بطريق مباشر أو غير مباشر ولو بالتبعية كسماسرة أو وسطاء أو مستشارين مهنيين في التنازلات والرهون المتعلقة بالمحلات التجارية . كما لا يجوز لهم أن يكونوا تحت أي اسم كان مودعين لأثمان بيع المحلات التجارية :
ـ الأفراد المحكوم عليهم بجريمة أو تفليس أو سرقة أو خيانة الأمانة أو الاحتيال أو اختلاس مرتكب من مودع عمومي أو ابتزاز الأموال، أو التوقيع أو القيم أو اصدار شيك عن سوء نية بدون رصيد أو المس باعتماد الدولة أو اليمين الكاذبة أو الشهادة الكاذبة أو اغراء شاهد أو المحاولة أو الاشتراك في احدى الجرائم أو الجنح المشار اليها أعلاه .
ـ المفلسون الذين لم يرد لهم الاعتبار .

المادة 150 : يعاقب بالحبس من شهر الى ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز 10،000 دج

أو باحدى هاتين العقوبتين فقط،كل من يخالف الحظر المنصوص عليه في المادة السابقة .
وتضاعف العقوبة في حالة العود .

المادة 461 : جميع الدعاوى الناشئة عن السفتجة والمرفوعة على قابلها تسقط بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ الاستحقاق .
وتسقط دعاوى الحامل ضد المظهرين أو الساحب بمضي عام واحد من تاريخ الاحتجاج المحرر في المدة القانونية،أو من تاريخ الاستحقاق اذا كانت السفتجة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاريف.
وتسقط دعاوى المظهرين على بعضهم جميعاً أو على الساحب بعد مضي ستة أشهر ابتداء من اليوم الذى سدد فيه المظهر السفتجة أو من يوم رفع الدعوى عليه .
لا تسرى مدة التقادم في حالة رفع الدعوى الا من يوم آخر اجراء قضائي ،ولا يطبق التقادم اذا كان قد صدر حكم أو اعتراف بالدين بموجب اجراء مستقل .
لا يكون لانقطاع التقادم من أثر الا بالنسبة لمن اتخذ ضده الاجراء القاطع على أن الاشخاص المدعى عليهم بالدين يلزمون عند الطلب بأداء اليمين على براءة ذمتهم .
كما يلزم ورثتهم أو خلفائهم على أن يؤدوا يمينا على أنهم يعتقدون عن حسن نية أنه لم يبق شيء من الدين .

المادة 467 : تطبق على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالسفتجة فيما لا يتعارض مع طبيعته ،وذلك في الأحوال الآتية :
- التظهير (المادة 396 الى 402) .
- الاستحقاق (المادة 410 ـ 425) .
- الوفاء (المادة 414 ـ 425) .
- الرجوع لعدم الوفاء (المادة 426 ـ 435 ـ 437 ـ 440) .
- الاحتجاجات (المادة 441 ـ 444) .
- سند الرجوع (المادة 445 ـ 447) .
- الوفاء بطريق التدخل (المادة 445 ـ 447) .
- الفسخ (المادة 458 ـ 459) .
- التحريف (المادة 460) .
- التقادم (المادة 461) وهي مكتوبة في الصفحة السابقة .

المادة 528 : لا تسرى مواعيد التقادم في حالة رفع الدعوى الا من تاريخ آخر اجراء قضائي ،ولا يطبق التقادم اذا صدر الحكم بالاداء أو حصل الاعتراف بالدين بموجب ورقة مستقلة .
لا أثر لانقطاع التقادم الا بالنسبة لمن اتخذ ضده الاجراء القاطع على أنه يجب على المدعى عليهم عند الطلب أن يؤدوا اليمين أنه لم يبق في ذمتهم شيء منه . كما يلزم ورثتهم أو خلفاؤهم أن يؤدوا يمينا على أنهم يعتقدون عن حسن نية أنه لم يبق شيء من الدين .

د ـ المواد التي تتعلق باليمين في قانون العقوبات الجزائري •

المادة 240 : كل شخص وجهت اليه اليمين أو ردت عليه في المواد المدنية وحلفها كذبا يعاقب بالحبس من سنة الى 5 سنوات وبغرامة من 500 الى 2000 دج •

المادة 241 : في الحالة التي يقضى فيها وفقا لاحدى مواد هذا القسم بعقوبة جنحة وحدها يجوز أن يحكم على الجاني علاوة على ذلك بالحرمان من خمس سنوات على الاقل الى عشر سنوات على الاكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون •

المادة 14 : تحيلنا الى المادة 8 •

المادة 8 : الحرمان من الحقوق الوطنية يتلخص في :

1ـ عزل وطرد المحكوم عليه من جميع الوظائف العمومية وجميع الخدمات والمناصب العمومية ، وحرمانه من مباشرتها •
2ـ الحرمان من حق الانتخاب أو الترشيح ، وعلى العموم كافة الحقوق الوطنية والسياسية ومن حمل أي وسام •
3ـ عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا على أي عقد أو أمام القضاء الا على سبيل الاستدلال •
4ـ عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو ناظرا ما لم تكن الوصاية على أولاده •
5ـ الحرمان من الحق في حمل الأسلحة ، والتدريس وفي ادارة مدرسة أو الاستخدام في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا ، ولا يطبق الحرمان من الحقوق الوطنية الا لمدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ الافراج عن المحكوم عليه •

هـ ـ المواد المتعلقة باليمين في قانون الأسرة الجزائري •

المادة 17 : في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول ، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين •
واذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين •

المادة 73 : اذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء •
والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين •

ـ قائمة المراجع المعتمد في البحث ـ

ـ المراجع باللغة العربية •

ـ أبو بكر الجزائرى — منهاج المسلم الطبعة الرابعة لسنة 1981 دار البعث للطباعة والنشر قسنطينة •

ـ أبو الوفاء أحمد — التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد • (المجلد الثاني) في التنفيذ والاثبات 1979 •

ـ أبو الوفاء أحمد — الاثبات في المواد المدنية والتجارية (مصر لبنان) طبعة 1983 الدار الجامعية للطباعة والنشر ـ بيروت ـ

ـ أحمد مسلم — في أصول المرافعات لسنة 1979 •

ـ أحمد عيسى عاشور — في الفقه الميسر في العبادات والمعاملات الطبعة الرابعة لسنة 1978 •

ـ أحمد نشأت مراجعة محمد أبو الفضل حنفي — رسالة الاثبات الجزئين الأول والثاني الطبعة 7 لسنة 1972 • دار الفكر العربي ، القاهرة •

ـ أحمد فتحي بهنسي — نظرية الاثبات في الفقه الجنائي الاسلامي دراسة فقهية مقارنة طبعة 1962 • الشركة الوطنية للطباعة والنشر للقاهرة ، وطبعة 1971 مكتبة الوعي العربي •

ـ أحمد عبد المنعم البهي — طرق الاثبات في الشريعة والقانون الطبعة الأولى سنة 1965 • دار الفكر العربي •

ـ ادوار عيد — قواعد الاثبات في القضايا المدنية والتجارية ، الجزء الأول ، مطبعة النشر بيروت 1961 •

ـ اسماعيل غانم — النظرية العامة للالتزام (الجزء الثاني) أحكام الالتزام والاثبات طبعة 1967 ، مكتبة عبد الله وهبة •

ـ أنور سلطان — قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية دراسة في القانونين المصرى واللبناني طبعة 1984 ـ الدار الجامعية للطباعة والنشر ـ بيروت ـ

ـ السيد سابق — فقه السنة المجلد الثالث طبعة 1 سنة 1971 • طبعة 3 سنة 1981 •

- بكوش يحيى — أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي دراسة نظرية وتطبيقية طبعة 1981. الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر.
- ج . رانسون — فن القضاء — ترجمة محمد رشدي — طبعة 1943.
- جوريج خليل — النظرية العامة للموجبات — الجزء 3 — نظام البينات — طبعة 1960.
- حسن توفيق فرج . — قواعد الاثبات (البيات) في المواد المدنية والتجارية 1980، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت.
- رزق الله الانطاكي — أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ط6 لسنة 64/65، مطبعة المفيد الجديدة.
- سلام محمد مذكور — القضاء في الاسلام طبعة 1964، دار النهضة العربية.
- سليمان مرقس — من طرق الاثبات الأدلة الخطية في تقنينات البلاد العربية سنة 1967، معهد البحوث والدراسات العربية.
- سليمان مرقس — من طرق الاثبات، الاقرار واليمين واجراءاتهما في التقنينات العربية سنة 1970، معهد البحوث والدراسات العربية.
- سليمان مرقس — شرح القانون المدني — الجزء 2 — الالتزامات — طبعة 1964.
- سمير عبد السيد تناغو — نظرية الاثبات سنة 1973.
  نظرية الالتزام (الاثبات) سنة 1975 — الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية جلال حزى وشركاه.
- شوقي ابراهيم رياض — نظرية الاثبات في المراجعة طبعة 1970، دار النهضة العربية.
- شمس الدين ابي عبد الله محمد ابن قيم الجوزية. — الطرق الحكمية في السياسة الشرعية علق عليه وصححه محمود عرنوس 1956.
- عبد الرزاق احمد السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني ج 2 طبعة 1973. مطبعة دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة.
- عبد الرزاق احمد السنهوري — الوجيز في نظرية الالتزام، المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت.

ـ عز الدين الدناصوري وحامد عبد الحميد عكاز — التعليق على قانون الاثبات ط2 سنة 1979 . الناشر عالم الكتب ـ القاهرة .

ـ عبد الودود يحيى — دروس في قانون الاثبات طبعة 1970 . دار النهضة العربية .

ـ محمد راغب عطية — النظرية العامة للاثبات في التشريع الجنائي العربي المقارن ـ دار المعرفة القاهرة 1960 .

ـ محمد جواد مغنية — أصول الاثبات في الفقه الجعفري . ط 1 1964 . دار العلم للملايين .

ـ الامام مالك — الموطأ رواية يحيى الليثي ط2 سنة 1977 .

ـ محمد محيي الدين عوض — الاثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان ، دراسة مقارنة لسنة 1974 .

ـ محمد بن احمد جزى الغرناطي المالكي . — قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية طبعة 1974 . دار العلم للملايين ، بيروت .

ـ محمود محمد مصطفى — الاثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن ج 1 النظرية العامة ط1 سنة 1977 ، مطبعة جامعة القاهرة .

ـ محمد شفيق العاني — الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية (محاضرات) سنة 1965 ، معهد الدراسات العربية .

ـ الأخضر بن عزي — فكرة التضامم وتطبيقاتها في الجزائر ، رسالة دكتوراة الدولة قدمت سنة 1974 .

ـ فتحي الدريني — مطبوعة في نظرية التعسف في استعمال الحق في التقنين المدني الجزائري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية ، أعدها لطلبة الماجستير كلية الحقوق بن عكنون سنة 1982/81 .

ـ محمد حسنين — كتاب نظرية الحق (الأشخاص والأموال والاثبات) في القانون المدني الجزائري ، طبعة 1985 ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ـ الجزائر ـ

— الأحكام القضائية —

— احمد نصر الجندى	مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما لسنة 1973 دار الفكر العربي .
— احمد سمير أبو شادى	مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض الدائرة المدنية ودائرة الأحوال الشخصية ، الهيئة العامة للمواد المدنية في خمس سنوات يناير 1961 طبعة 1967 . دار الفكر العربي .
— عبد الرحمن العلام	المبادئ القضائية — القسم المدني أحكام محكمة التميز العراقية ، طبعة 1975 — مطبعة العاني — — بغداد —
— وزارة العدل الجزائرية (مديرية التشريع)	مجموعة الأحكام الصادرة عن المجلس الأعلى الجزائرى ، نشرة 1969 — جزآن .
— مجموعة أحكام جزائرية	صادرة من محاكم ومجالس قضائية مختلفة .

- النصوص :

القرآن الكريم .

القانون المدني الجزائري . 1975.

القانون التجاري الجزائري . 1975.

قانون الاجراءات المدنية الجزائري . 1966

قانون العقوبات الجزائري . 1966

قانون الاجراءات الجزائية الجزائري . 1966

قانون الأسرة الجزائري . 1984

قانون الاثبات المصري . 1968

قانون البينات السوري .

القانون المدني العراقي — تحت اشراف كامل السمراني — مكتبة المثنى بغداد 1981.

أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني .

القانون المدني الأردني الجديد . 1976

القانون المدني الفرنسي .

قانون الاجراءات المدنية الفرنسي .

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 3، طبعة وزارة العدل المصرية في مطبعة أحمد مخيم شارع فاروق .

القانون المدني السويسري .

OUVRAGES EN LANGUE FRANCAISE/ — المراجع بالفرنسية.

1 - CARBONNIER (Jean) : DROIT CIVIL IV Les obligations, 10è édition Mise à jour, 3è trimestre 1979. Presses Universitaires de France.

2 - COLIN et CAPITANT : Précis de Droit Civil- Tome 2 9è édition Paris 1950 - Librairie DALOZ.

3 - DEMOGUE (René) : Traité des obligations en général II Effet des obligations Tome VI- Librairie ARTHUR Rousseau - Paris 1931.

4 - J.C.L. 2 - 1956 Fasc 161 : Contrats et Obligations(Serment décisoire et supplitoire et Estimatoire).

5 - JEAN Vincent : Procédeur Civil 19è édition 1978- DALOZ

6 - MARTY(Gabriel) et RAYNAUD (Pierre) : Droit Civil - Tome 2, 1er volume- Les obligations- SIREY 22, Rue Soufflot-Paris V 1962

7 - MAZEAUD(Henri et Léon) MAZEAUD (Jean) : Leçons de droit civil- Tome II Volume 1 les obligations.

8 - Mme MOSTEPHA KARA Farida née SETTOUT : La preuve écrite en droit Algerien. Thèse de magester - 1982 Ben - Aknoun.

9 - PAUL Fieschi Vivet : Contrats et Obligations(preuve par serment) J.C.L. 11 1979 Fasc.159.

10- PAUL Ourliac et J.MALAFOSSE : Histoire du droit privé I- Presses Universitaires de France 1969.

11- PIERRE Voirin : Manuel de droit civil , Tome I- 17è édition Librairie Générale de Dt. et de Juris Prudence

ـ الفهرس ـ

- الباب الأول -

اليمين الحاسمة